

## WORKSHOP DISCRIMINAZIONE per DISABILITA'

### 1) Caso 1 – COMPORTE Tribunale di Ravenna ordinanza 4 gennaio 2024

Il rapporto di lavoro prevede ai sensi dell'art. 2110 c.c. un periodo, detto di comporto, durante il quale il lavoratore assente per malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro nonostante la sua assenza prolungata. La durata di tale periodo è determinata dai Contratti collettivi. La norma si applica a tutti i lavoratori indifferentemente, disabili e non.

La sig.ra PM è stata assunta nel 2021 per lo svolgimento di mansioni di commis di sala/cucina CCNL Turismo;

Nel giugno 2022 si assenta in conseguenza di un aneurisma.

Prosegue l'assenza per più di 180 giorni, in particolare, dal 18 giugno al 19 dicembre, data in cui viene comminato il licenziamento

La malattia è successivamente certificata sino al 8 gennaio 2023, permane, quindi, l'inabilità al lavoro anche dopo il provvedimento di licenziamento (non avrebbe potuto prestare servizio).

Nel febbraio 2023 viene riconosciuta dall'Inps la sussistenza di un handicap non grave ex legge 104/1992 e una invalidità quantificata nel 35%

La signora PM si è effettivamente assentata per un periodo superiore a quello previsto dal CCNL per la conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed in ragione di ciò è stata licenziata.

Il ccnl prevede in materia di comporto:

- 180 giorni di assenza su un anno calcolato dal 1 gennaio al 31 dicembre (dal gennaio successivo decorre un nuovo periodo di 180 giorni di assenza potenziale con conservazione del posto),
- la possibilità di ottenere 120 giorni di aspettativa (una sola volta e solo se malattia non cronica o psichica),
- nessun periodo di comporto per i malati oncologici

La lavoratrice ritiene che essendo tutte le malattie collegate al proprio stato di invalidità – i relativi periodi di assenza non possano essere computati nel periodo di comporto, pena la violazione della normativa comunitaria (e di recepimento) a tutela del lavoratore disabile.

Il giudice ritiene NON SUSSISTENTE LA DISCRIMINAZIONE perché

- Il periodo di 180 e a maggior ragione quello di 180 + 120 è talmente lungo da garantire proprio il lavoratore in grado di avere il maggior rischio di malattia, cioè il disabile che somma al rischio di malattie comuni quelle connesse alla disabilità (rileva come, fissato in 7 giorni il periodo medio di una influenza – malattia comune - occorrerebbe ammalarsi 25 volte in un anno o addirittura più di 40, circostanza pressoché impossibile), diversamente la previsione sarebbe eccessiva per il malato comune, la norma, quindi, tutela, seppure non espressamente indicandolo come tale, il lavoratore disabile nel senso previsto dalla Cgue (malattia di lunga durata)

- Il diritto dell'UE non prescrive il mantenimento dell'occupazione di un individuo non capace ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro (17° considerando direttiva 78/2000) e in questo caso la normativa CCNL prevede il prevalere degli interessi economici ed organizzativi del datore di lavoro solo quando il rapporto, nell'arco dell'anno si svolge per più tempo da ineseguito che da eseguito
- Qualora si ritenesse comunque in presenza di una discriminazione, i 120 giorni di aspettativa non retribuita previsti dalla norma costituiscono un accomodamento ragionevole, perché strumento che consente al lavoratore, che sa se verte in una condizione di disabilità, di domandare proroga del rapporto
- In ogni caso la norma che impone la risoluzione del rapporto di lavoro è "necessitata" poiché non vi è un altro accomodamento ragionevole possibile ed in particolare non una aspettativa retribuita che comporterebbe la violazione del 17° considerando (oltre ad essere onere sproporzionato economicamente perché comporterebbe un onere finanziario non determinabile a fronte di una mancanza di prestazione lavorativa)

COMMENTARE LA DECISIONE DEL TRIBUNALE SPIEGANDO SE SIA CONDIVISIBILE O MENO E PERCHÉ'

## 2) Caso 2. Caregiver - Cassazione 17 gennaio 2024 n. 1788

La madre, caregiver del figlio minore, convivente e gravemente disabile in quanto invalido al 100% (c.d. caregiver familiare), ha chiesto l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto nei suoi riguardi da ATAC spa, suo datore di lavoro, nonché la condanna di controparte ad assegnarla stabilmente ad un turno fisso dalle 8,30 alle 15,00 (o, comunque, compatibile con le esigenze del detto figlio), con l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni e la condanna al risarcimento del danno

Essa ha dedotto la mancata flessibilità degli orari di lavoro dell'Azienda ATAC che, non accogliendo le sue istanze, avanzate appunto come caregiver familiare, avrebbe omesso di assegnarla stabilmente ad un turno fisso di mattina per lo svolgimento delle mansioni di operatore di stazione, o anche, con il suo consenso, di mansioni di livello inferiore, in modo da consentirle di assistere il detto figlio nelle ore pomeridiane e, contestualmente, di continuare a svolgere la propria attività lavorativa in condizioni di eguaglianza con gli altri dipendenti;

Fra le condotte contestate dalla lavoratrice, particolare rilievo assumono i seguenti fatti:

a) il datore di lavoro avrebbe trattato la ricorrente in maniera differente rispetto ad altri colleghi ritenuti per motivi sanitari non idonei, in via temporanea o definitiva, a rendere con le modalità ordinarie la prestazione lavorativa; infatti, mentre detti colleghi sarebbero stati destinati provvisoriamente ad altri compiti in attesa di essere riqualificati in mansioni differenti (con assegnazione ad un turno agevolato o c.d. di sussidio presso una sede di lavoro fissa), a lei questa possibilità non sarebbe stata concessa, siccome la valutazione di non idoneità rilevante nella specie sarebbe stata effettuata sulla base non delle condizioni di salute del figlio gravemente disabile da lei assistito e della necessità di accudirlo, ma di quelle di essa ricorrente, nonostante fosse la caregiver del minore;

b) il datore di lavoro avrebbe adottato, per un periodo di tempo irragionevolmente lungo, dei provvedimenti di natura provvisoria e non definitiva al fine di risolvere le difficoltà di proseguire la vita lavorativa da lei prospettate e conseguenti agli obblighi di assistenza sulla medesima gravanti quale caregiver del figlio minore gravemente disabile;

c) il datore di lavoro non avrebbe assunto provvedimenti in ordine alla richiesta della ricorrente, formulata quale caregiver del figlio minore gravemente disabile, di essere eventualmente adibita anche a mansioni inferiori al fine di risolvere le menzionate difficoltà di proseguire la vita lavorativa.

4. Il Tribunale di Roma, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza n. 66193/2019, ha rigettato il ricorso.

5. La lavoratrice ha proposto appello che la Corte d'appello di Roma, nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1444/2020, ha rigettato nel merito, sul presupposto che non fosse stata dimostrata l'esistenza di una condotta discriminatoria e che, comunque, il datore di lavoro avrebbe posto in essere "ragionevoli accomodamenti".

6. In particolare, la corte territoriale ha ritenuto che l'Azienda avesse comunque sufficientemente agevolato la dipendente, nonostante avesse adottato degli ordini di servizio sempre provvisori, e che, per ciò che concerne il trattamento riservato ai lavoratori non idonei a rendere con le modalità ordinarie la prestazione lavorativa, destinati provvisoriamente ad altri compiti in attesa di essere riqualificati in differenti mansioni (con assegnazione ad un turno agevolato o c.d. di sussidio presso una sede di lavoro fissa), giustamente l'ATAC spa non le avesse concesso questa possibilità, atteso che erano i suoi colleghi i destinatari delle prescrizioni mediche indicate nelle certificazioni prodotte.

COMMENTARE LA DECISIONE DELLA CASSAZIONE SPIEGANDO SE SIA CONDIVISIBILE O MENO E PERCHÉ'

### **3) Caso 3. Cani guida - Cass. 5 aprile 2023 n. 9384**

Un gruppo di ipovedenti accompagnati da cani guida viene invitato a scendere da una scala mobile, appositamente fermata, poiché sulla stessa è vietato portare degli animali.

Ricorrono in giudizio per vedere riconosciuta la discriminatorietà del comportamento e ottenere il risarcimento del danno subito, chiamano in causa il comune proprietario della scala mobile

Il Comune ritiene infondata la domanda di accertamento della discriminazione perché:

- difetto di un pregiudizio effettivo, concreto e personale, patito dagli istanti, non essendo sufficiente a tal fine una lesione meramente potenziale ai soggetti disabili,
- Il divieto di accedere con cani è prescritto da norma regolamentare del ministero dei trasporti ma anche da norma di rango superiore - norma tecnica europea - che prevede che sulle scale mobili i cani debbano essere portati in braccio
- Il divieto di accedere con cani è rivolto alla generalità degli utenti, disabili e non

COMMENTARE LA DECISIONE DELLA CASSAZIONE SPIEGANDO SE SIA CONDIVISIBILE O MENO E PERCHÉ'

### **4) DISAMINA E DISCUSSIONE DEI SEGUENTI ULTERIORI CASI**

#### **Sugli accomodamenti ragionevoli**

4. La tutela in via preventiva art. 700 su fragilità Tribunale di Roma n. 32956 del 18 dicembre 2023

5. Le limitazioni individuate nei giudizi di idoneità lavorativa Cass 26 febbraio 2024 n. 5048

#### **Sul diritto all'istruzione**

6. Handicap non grave e contenimento della spesa pubblica TAR Catanzaro 23 marzo 2023



**TRIBUNALE ORDINARIO di RAVENNA**  
SEZIONE CIVILE  
SETTORE LAVORO

Il Giudice del Lavoro Dario Bernardi

A scioglimento della riserva assunta in data 19.12.2023,  
pronuncia la seguente

**ORDINANZA DI RINVIO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE  
EUROPEA PER QUESTIONE PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVA DEL  
DIRITTO DELL'U.E. (art. 19 TUE e art. 267 TFUE)**

avente il seguente oggetto:

interpretazione della direttiva 2000/78 in tema di discriminazione a motivo di disabilità – diritto alla conservazione del posto di lavoro per un determinato periodo – uguale trattamento tra lavoratori disabili e lavoratori con handicap – discriminazione indiretta sulla base dei principi stabiliti dalla CGUE in alcuni precedenti – dubbi interpretativi.

**Il fatto.**

1. La lavoratrice P.M. veniva assunta a termine il 1.9.2021 quale commis di sala/cucina di S. Società in Nome Collettivo, con rapporto trasformato a tempo indeterminato il 1.1.2022.
2. Il datore di lavoro occupa in media 9 addetti (di cui 7 dipendenti) e svolge attività di ristorazione con somministrazione;
3. La lavoratrice veniva licenziata il 19 dicembre del 2022 per superamento del termine massimo di conservazione del posto di lavoro sospeso a causa di malattia (c.d. “periodo di comportamento”) e pari a 180 giorni nel periodo 1.1.2022-31.12.2022, risultando P.M. essere stata assente per malattia continuativamente dal 18.6.2022 al 19.12.2022 (la malattia risulta certificata in chiave lavorativa sino all’8.1.2023, essendo il relativo certificato stato emesso prima del licenziamento).
4. Il primo certificato di malattia è thailandese, tradotto in lingua italiana, con assenza dal lavoro nel periodo dal 18 giugno all’ 8 agosto e reca l’indicazione della causale dell’assenza (*“emorragia subaracnoidea da rottura di aneurisma dell’arteria comunicante posteriore destra. Trombosi del seno venoso cerebrale in*





*corrispondenza del seno trasverso sinistro e vena giugulare interna*”). Tale certificato veniva consegnato al datore di lavoro.

5. L'assenza per malattia proseguiva ininterrotta sino all' 8.1.2023 (quindi anche successivamente al licenziamento) in base a certificati del medico di medicina generale italiano che – nella versione disponibile per il datore di lavoro – non indicano la causale (diagnosi) dell'assenza.
6. Medio tempore la ricorrente faceva domanda (il 4.11.2022) di riconoscimento di invalidità in via amministrativa, andando a visita il 24.1.2023 (dopo il licenziamento) ed ottenendo il riconoscimento dell'invalidità civile in misura del 35% in data 17.2.2023 con diagnosi di *“esito di trattamento endovascolare con microspirali di aneurisma sacculare carotido comunicante destro rotto, attualmente è in trattamento con TAO”*, nonché portatrice di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 1 della L. n. 104/1992.
7. Di tale iter amministrativo il datore di lavoro non era a conoscenza; esso inoltre si concludeva alcuni mesi dopo il licenziamento.
8. Di tutta tale documentazione sanitaria, quindi, solo il primo certificato, quello thailandese, poneva a conoscenza del datore di lavoro le cause dell'assenza.
9. Dagli atti emerge inoltre che lo stato di malattia è peraltro continuato anche successivamente sia al licenziamento, sia alla data dell'ultimo certificato (8.1.2023), come risulta da ulteriore certificazione che dà atto – anche nel periodo di marzo e aprile 2023 – di ulteriori interventi chirurgici e di ricoveri alla quale la lavoratrice è stata sottoposta sempre per problemi vascolari; inoltre, la relazione medico legale redatta da un consulente di fiducia della lavoratrice dà atto che anche nel momento della visita – ancora nell'agosto del 2023 – la paziente *“accusa astenia con facile affaticabilità, confusione mentale, caduta di oggetti dalle mani per deficit di forza da precocissima esauribilità”*, elementi che rendono evidentemente improbabile il ritorno al lavoro della persona della lavoratrice ancora diversi mesi dopo il licenziamento.
10. Con ricorso del 16 ottobre del 2023 la lavoratrice impugna il licenziamento con un unico argomento, eccependone la discriminatorietà, atteso come alla stessa veniva applicato il termine massimo di conservazione del posto di lavoro per assenze annue per malattia (180 giorni nel periodo 1.1.2022-31.12.2022 di ciascun anno), applicabile a chiunque, anche non disabile, senza tenere conto della sua disabilità.
11. Domandava qui: di essere reintegrata nel posto di lavoro (con possibilità di opzione sostitutiva nella misura del pagamento di 15 mensilità di retribuzione a scelta del lavoratore), il risarcimento del danno in misura pari alle mensilità di retribuzione non corrisposte dalla data del licenziamento alla sentenza, nonché il pagamento dei contributi previdenziali omessi sempre in quel periodo, oltre ad un ulteriore risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione in misura di € 10.000,00, oltre al rimborso delle spese legali.
12. Il datore di lavoro, pur regolarmente citato, non si costituiva e non rassegnava difese.

## **Il diritto dell'Unione**



13. Ai sensi dei considerando 11, 12, 16, 17, 20 e 21 della direttiva 2000/78:

“(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(12) Qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere pertanto proibita in tutta la Comunità. (...)

(...)

(16) La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.

(17) La presente direttiva non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili.

(...)

(20) È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento.

(21) Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”.

14. L'articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto», così recita:

“La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, [l']handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

15. L'articolo 2 della direttiva in parola, intitolato «Nozione di discriminazione», ai suoi paragrafi 1 e 2 prevede quanto segue:



“1. Ai fini della presente direttiva, per “principio della parità di trattamento” si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all’articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

- a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all’articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga;
- b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:

tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che

nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all’articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi”.

16. L’articolo 3 della medesima direttiva, intitolato «Campo d’applicazione», al suo paragrafo 1, lettera c), così dispone:

“Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

- c) all’occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione”.

### **Le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea:**

17. CGUE HK DANMARK, 11.4.2013 in cause riunite c-335/2011 e 337/2011:

“38 Alla luce delle considerazioni svolte ai punti 28-32 della presente sentenza, la nozione di «handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.



41 Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78.

47 In base alle considerazioni di cui sopra, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa include una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata. La natura delle misure che il datore di lavoro deve adottare non è determinante al fine di ritenere che lo stato di salute di una persona sia riconducibile a tale nozione.

69 Con la sua quarta questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2000/78 debba essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che prevede che un datore di lavoro possa porre fine al contratto di lavoro con un preavviso ridotto qualora il lavoratore disabile interessato sia stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi, giuando tali assenze siano dovute al suo handicap.

Per quanto riguarda la questione se detta disposizione sia atta a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap, si deve osservare che la presa in considerazione dei giorni di assenza a causa di una malattia collegata all'handicap nel calcolo dei giorni di assenza per malattia finisce per assimilare una malattia legata ad un handicap alla nozione generale di malattia. Orbene, come la Corte ha dichiarato al punto 44 della sentenza Chacón Navas, citata, è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia».

76 In proposito, va osservato che un lavoratore disabile è maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare il periodo di preavviso ridotto di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della FL rispetto ad un lavoratore non disabile. Infatti, come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 67 delle sue conclusioni, rispetto ad un lavoratore non disabile un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap. Pertanto, egli corre un rischio maggiore di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere il limite dei 120 giorni contemplato dall'articolo 5, paragrafo 2, della FL. Pertanto, appare evidente che la norma dei 120 giorni prevista da tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, dunque, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sull'handicap ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

92 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla quarta questione, lettera a), dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale che preveda che un datore di lavoro possa mettere fine al contratto di lavoro con un preavviso ridotto qualora il lavoratore



disabile interessato sia stato assente per malattia, con mantenimento della retribuzione, per 120 giorni nel corso degli ultimi dodici mesi, quando tali assenze siano causate dal suo handicap, salvo nel caso in cui detta disposizione, da un lato, persegua un obiettivo legittimo e, dall'altro, non vada al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare.

18. CGUE 18.1.2018, RUIZI CONEJERO in C-270/2016

32 Tuttavia, occorre precisare che il fatto che il sig. Ruiz Conejero sia riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 2000/78.

33 A tale proposito, per stabilire se, nel procedimento principale, la situazione in cui si trova il sig. Ruiz Conejero rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, spetta al giudice del rinvio verificare se la limitazione della capacità del medesimo debba essere qualificata come disabilità, ai sensi di tale direttiva, secondo la definizione di cui al punto 28 della presente sentenza.

35 Nel caso di specie, l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori, dispone che un contratto di lavoro può essere risolto in ragione di assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, che ammontino al 20% dei giorni feriali in due mesi consecutivi, qualora il totale delle assenze nel corso dei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali o al 25% in quattro mesi non consecutivi nel corso di un periodo di dodici mesi.

39 A tal proposito si deve constatare che un lavoratore disabile è, in linea di principio, maggiormente esposto al rischio di vedersi applicare l'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, rispetto a un lavoratore non disabile, un lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità. Egli è quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e, quindi, di raggiungere i limiti di cui all'articolo 52, lettera d), dello Statuto dei lavoratori. Risulta, dunque, che la norma di cui a tale disposizione è idonea a svantaggiare i lavoratori disabili e, quindi, a comportare una disparità di trattamento indirettamente basata sulla disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, (v., in tal senso, sentenza dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punto 76).

19. CGUE 1.12.2016, DAOUIDI, in c-395/2015

“56 Tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona.

57 Nel contesto dell'esame del carattere «duraturo» della limitazione della capacità dell'interessato, il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali”



## Il diritto italiano

### 20. Art. 2110 c.c., 1° e 2° comma

*“In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità.*

*Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità”.*

### 21. Art. 173 CCNL dipendenti aziende settore turismo Confcommercio del 20 febbraio 2010 (Conservazione del posto)

*“1. In caso di malattia accertata o di infortunio il personale che non sia in periodo di prova o di preavviso ha diritto alla conservazione del posto per un periodo di 180 giorni per anno, intendendosi per tale il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre. 2. Ove il lavoratore si ammali o si infortuni più volte nel corso dell'anno i relativi periodi di assenza sono cumulabili agli effetti del raggiungimento del termine massimo di conservazione del posto di cui al precedente comma. 3. Per il personale assunto a termine, la conservazione del posto è comunque limitata al solo periodo di stagione o di ingaggio. 4. Qualora allo scadere del periodo per il quale è obbligatoria la conservazione del posto, il personale non possa riprendere servizio per il protrarsi della malattia, il rapporto di lavoro si intenderà risolto con diritto all'intero trattamento di fine rapporto ed a quanto altro dovuto, esclusa l'indennità sostitutiva di preavviso”.*

### 22. Art. 174 (Aspettativa non retribuita)

*“1. Nei confronti dei lavoratori ammalati e infortunati sul lavoro la conservazione del posto, fissata nel periodo massimo di 180 giorni dall'art. 173 del presente contratto, sarà prolungata, a richiesta del lavoratore, per un ulteriore periodo non superiore a centoventi giorni, alle seguenti condizioni: a) che non si tratti di malattie croniche e/o psichiche, fatto salvo quanto disposto al successivo articolo 175 (malattie oncologiche); b) che siano esibiti dal lavoratore regolari certificati medici o di degenza ospedaliera; c) che la richiesta del periodo eccedente i 180 giorni sia fatta dal lavoratore come "aspettativa generica" senza retribuzione e senza diritto a maturazione di alcun istituto contrattuale; d) che il lavoratore non abbia già fruito dell'aspettativa in precedenza. 2. I lavoratori che intendano beneficiare del periodo di aspettativa di cui al precedente comma dovranno far pervenire all'azienda richiesta a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, prima della scadenza del centottantesimo giorno di assenza per malattia o infortunio e firmare espressa dichiarazione di accettazione delle suddette condizioni. 3. Al termine del periodo di aspettativa il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento ai sensi del precedente articolo 173; il periodo stesso è considerato utile ai fini dell'anzianità di servizio in caso di prosecuzione del rapporto”*



## 23. ARTICOLO N.175 (Malattie oncologiche)

*“1. Con riferimento ai malati con gravi patologie oncologiche accertate da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente, il periodo di aspettativa generica di cui all'articolo 174 sarà prorogato anche se eccedente i 120 giorni. 2. Gli interessati dovranno far pervenire all'azienda, prima della scadenza del centovesimo giorno di aspettativa generica, l'ulteriore certificazione medica a comprova dello stato di salute e della idoneità alla ripresa del lavoro, contenente i giorni di proroga concessi dal medico curante o dalla struttura ospedaliera”*

## 24. Art. 5, L. n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori):

*“Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente.*

*Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda.*

*(...)”*

## 25. Corte di cassazione italiana n. 9095/2023:

*“20. In questo senso, nel caso di specie, l'applicazione al lavoratore dell'ordinario periodo di comporto ha condivisibilmente rappresentato, secondo la Corte di merito, discriminazione indiretta. Ciò perché, rispetto a un lavoratore non disabile, il lavoratore disabile è esposto al rischio ulteriore di assenze dovute a una malattia collegata alla sua disabilità, e quindi soggetto a un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia e di raggiungere i limiti massimi di cui alla normativa pertinente”.*

## Illustrazione del diritto interno

26. Nel sistema italiano – nell'ambito del quale, salvo casi ormai eccezionali, non è possibile procedere a licenziamento senza una giustificazione – è prevista la conservazione del posto di lavoro in caso di malattia, evento questo che sospende il rapporto. Tale conservazione è prevista sino ad un termine massimo, e tale periodo è chiamato “periodo di comporto”: **sussistendo lo stato di malattia del lavoratore, prima della scadenza di tale periodo vige il divieto di licenziamento per giustificato motivo ed il lavoratore non può essere licenziato a motivo dell'essere restato assente per malattia.**

La determinazione del termine è rimessa dalla legge alla contrattazione collettiva tra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.



Ciascun contratto collettivo (essendovi libertà sindacale ve ne sono uno o più di uno per ogni settore produttivo) prevede un termine diverso e diverse modalità di computo.

27. **Nessun contratto collettivo in Italia, a quanto risulta allo scrivente, prevede alcun tipo di particolarità per quanto riguarda in generale i lavoratori qualificabili come disabili ai sensi del diritto dell'U.E.**; molti contratti collettivi, tra cui il presente, prevedono regole di maggior favore per quanto riguarda determinate patologie implicanti disabilità (in questo caso oncologiche), oltre a prevedere un'ulteriore sospensione – non retribuita – del rapporto, a richiesta del lavoratore; per il resto essi prescindono dalla specifica causale delle assenze per malattia che possono avere determinato l'astensione dal lavoro.
28. Superato il periodo di comporto, viene quindi “attivata” una facoltà di licenziamento ulteriore rispetto alle ipotesi esistenti, e viene lasciata alla mera volontà del datore di lavoro la possibilità di licenziare – senza quindi giustificazione ulteriore – il lavoratore che ha superato tale periodo.
29. La normativa italiana (comprensiva di legge e contrattazione collettiva complessivamente considerate) pone quindi un limite temporale al diritto del lavoratore assente per malattia alla conservazione del posto di lavoro, limite che tiene conto dei due interessi contrapposti, quello del lavoratore alla conservazione del posto in prospettiva di guarigione o di recupero dalla malattia e quello del datore di lavoro relativamente alle proprie finanze, alla propria organizzazione e alla necessità, ad un certo punto, di potere porre fine ad un rapporto che non può avere ulteriore profittevole esecuzione (Corte di Cassazione n. 27334/2022: “20. *Nell'art. 2110, comma 2, cod. civ. si rinviene un'astratta predeterminazione (legislativo-contrattuale) del punto di equilibrio fra l'interesse del lavoratore a disporre d'un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale. 21. Le Sezioni Unite (n. 12568 del 2018 cit., e già Cass., S.U. n. 2072 del 1980), nell'interpretare l'art. 2110, comma 2, cod. civ., ne hanno sottolineato il carattere di norma imperativa, in combinata lettura con l'art. 1418 cod. civ., in quanto finalizzata all'esigenza di tutela della salute, il cui valore è sicuramente prioritario all'interno dell'ordinamento - atteso che l'art. 32 Cost. lo definisce come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» - così come lo è quello del lavoro (artt. 1, comma 1, 4, 35 e ss. Cost.). Hanno posto in rilievo come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all'interno di tempi sicuri entro i quali il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il posto di lavoro”).*”).
30. **Con particolare riferimento al contratto collettivo applicabile al caso di specie** (da questo momento ci si riferirà solo a questo) il periodo di assenza per malattia retribuita con diritto alla conservazione del posto di lavoro è individuato in **180 giorni decorrenti dal 1.1. al 31.12. di ciascun anno (e nell'anno successivo il periodo riparte da zero)**.
31. La retribuzione della malattia è così regolata nel caso di specie: il primo giorno è a carico del lavoratore, il 2° e il 3° sono a carico dell'azienda; dal 4° al 180° giorno sono a carico dell'Istituto nazionale di previdenza sociale (I.N.P.S.) che eroga una





- provvidenza pari ad una parte della retribuzione (50 % dal 4° al 20° giorno e 66,66 % dal 21° giorno in avanti), mentre la differenza (il 25 % dal 4° al 20° giorno; il 33,33 % dal 21° giorno in avanti) è a carico del datore di lavoro; dunque dal 21° giorno al 180 ° giorno di assenza tra indennità INPS (66,66 %) e quota pagata dal datore di lavoro (33,33 %), il lavoratore percepisce il 100 % della retribuzione; **nell'arco del periodo di 180 giorni il datore corrisponde quindi una somma pari a circa 2 mensilità senza ricevere controprestazione;**
32. **L'istituto nazionale di previdenza sociale non corrisponde più alcunché dopo il 180° giorno di malattia all'interno dello stesso anno solare** (superato l'anno solare, riprende la piena indennizzabilità per ulteriori 180 giorni, se il rapporto è ancora attivo e, quindi, assicurato);
33. La normativa del caso di specie, peraltro, tiene conto di particolari situazioni, prevedendo la possibilità per il lavoratore – su sua richiesta – di conservare il posto nonostante **assenze per ulteriori 120 giorni (non retribuiti)** dovuti a malattia “in genere” (tra cui però espressamente non rientrano le malattie croniche e/o psichiche, ma eccettuate le malattie oncologiche).
34. **Per le malattie oncologiche, al contrario, non vi è limite alla durata dell'assenza che dà diritto alla conservazione del posto di lavoro.**
35. Ne consegue che il lavoratore in base al contratto applicabile al caso di specie:
- 1) usufruirà del periodo di 180 giorni di assenza per malattia retribuita dall'Istituto nazionale di previdenza sociale;
  - 2) potrà usufruire di ulteriori 120 giorni di assenza non retribuita con conservazione del posto di lavoro (e relativi a malattie non croniche e/o psichiche: **precisazione sulla quale si tornerà**);
  - 3) in caso oncologico (in cui è riconosciuta ovviamente una specifica ipotesi di disabilità), potrà rimanere in assenza non retribuita senza limiti di tempo.
36. Venendo ora alle conseguenze del licenziamento in violazione del diritto alla conservazione del posto di lavoro a causa di sospensione del rapporto per malattia, la normativa italiana prevede la massima sanzione possibile, ossia la nullità del licenziamento (Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 12568/2018), con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro (rinunciabile dal lavoratore dietro il pagamento in suo favore di una somma pari a 15 mensilità) ed il risarcimento del danno (trattandosi di ipotesi potenzialmente riconducibile a discriminatorietà il risarcimento copre tutte le mensilità di retribuzione non corrisposte che vanno dalla risoluzione sino alla riassunzione). Questo per tutti i lavoratori (sia nel regime valido per quelli assunti prima del 7.2.2015 ai quali si applica l'art. 18, L. n. 300/1970, Statuto dei lavoratori; sia per i lavoratori assunti a partire da tale data ai quali si applica il D.Lgs. n. 23/2015).
37. Tale regime si applica ai rapporti di lavoro sia con imprenditori che con non imprenditori.
38. Secondo la giurisprudenza, infine, questo regime sanzionatorio si applica a prescindere dal numero di dipendenti impiegati dal datore di lavoro (numero altrimenti rilevante nel sistema italiano, nel senso che la reintegrazione nel rapporto



di lavoro ed una entità risarcitoria più elevata sono riservate ai lavoratori addetti ad imprese di maggiori dimensioni occupazionali);

39. Al di fuori dei casi di nullità (che qui deriverebbe esclusivamente dall'applicazione del divieto di discriminazione indiretta, laddove ritenuto operante, venendo in rilievo altrimenti un licenziamento completamente valido), per le piccole imprese quale la convenuta, la normativa italiana prevederebbe (1) l'esclusione della reintegrazione nel posto di lavoro e (2) rilevanti limiti risarcitori (una somma pari al massimo a 6 mensilità di retribuzione).

### La questione: premessa.

40. Si chiede a questa Corte di chiarire la portata del diritto dell'U.E. rispetto ai propri precedenti sopra citati del 2013 e del 2018 e relativamente alla fattispecie di licenziamento per superamento del periodo di comporto, ovvero sia per l'ipotesi in cui il lavoratore sia stato assente dal lavoro per malattia (non riconducibile a dolo o colpa datoriale, perché altrimenti tale periodo non si calcola a questi fini) per un periodo superiore rispetto a quello previsto dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.
41. Nel primo caso (CGUE HK DANMARK, 2013) era affrontata una questione relativa all'entità del preavviso e non – perlomeno è quello che emerge dalla sentenza – dell'esistenza o meno del diritto del datore di lavoro di porre fine al rapporto di impiego (non veniva in rilievo, quindi, il rapporto tra la facoltà di recesso del datore di lavoro, il superamento di una soglia temporale e lo status di disabilità, bensì solamente il parametrare di una entità economica collegata al recesso).
42. Nel secondo caso (CGUE RUIZ CONEJERO, 2018), invece, veniva in rilievo un istituto del diritto spagnolo teso a colpire l'assenteismo sul lavoro e, dunque, le assenze brevi e frammentarie ancorché legittime, prevedendo una ipotesi di recesso al datore di lavoro (“...*per assenze intermittenti dal lavoro, sebbene giustificate, che ammontino al 20% dei giorni feriali in due mesi consecutivi sempre che il totale delle assenze dal lavoro nei dodici mesi precedenti sia pari al 5% dei giorni feriali, o al 25% in quattro mesi non continuativi nel corso di un periodo di dodici mesi*”).
43. Questo precedente è, quindi, più specifico del primo sul tema oggetto anche della presente indagine.
44. Si trattava per il diritto spagnolo di periodi estremamente limitati dal punto di vista temporale (dati per lavorativi circa 20 giorni per ogni mese, ne conseguono 40 giorni nel bimestre, il cui 20 % è pari ad 8 giorni; i giorni lavorativi nell'arco dei 12 mesi sono pari – al netto di festività, sabati e periodo di ferie – a circa 220 giorni ed il 5 % degli stessi è pari a circa 11 giorni; il 25 % in quattro mesi non continuativi è invece pari a 30 giorni).
45. In quel caso, dunque, si discuteva del diritto a licenziare per assenze, giustificate (anche da malattia) per periodi complessivamente pari a circa **40 giorni nell'arco di 1 anno**, comprensivi di assenze intermittenti di 8 giorni nell'ambito dell'ultimo bimestre.
46. In ogni modo in entrambi i precedenti in esame non si è posta in alcun modo la necessità per la Corte di confrontarsi con il principio (pur richiamato nella premessa ricostruttiva del diritto dell'U.E.) di cui al 17mo considerando della direttiva, ai sensi



del quale “*La presente direttiva non prescrive l’assunzione, la promozione o il mantenimento dell’occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l’obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili*”.

47. Nel caso del diritto italiano, invece, viene in rilievo la facoltà del datore di lavoro di procedere al licenziamento per assenze di **lungo periodo**, rimesse dalla legge alla determinazione dei contratti collettivi e, nel caso di specie, pari a 6 mesi nell’arco di 1 anno (anno da considerarsi quale periodo dal 1 gennaio al 31 dicembre), per ogni anno e aumentabili (1 sola volta) su istanza di ulteriori 120 giorni (questi ultimi non retribuiti).
48. Se è vero che il principio affermato già dalla sentenza del 2013 (in tema di preavviso ridotto) permetteva di evitare che il lavoratore disabile (che poteva essere gravato da assenze riconducibili alla propria disabilità, oltre che da malattie “comuni”) fosse discriminato – circa l’entità del preavviso – rispetto ad un lavoratore non disabile (che poteva incorrere solo in assenze causate da malattie “comuni”), occorre prima di tutto (1° questione) capire se tale principio possa essere applicato – relativamente alla facoltà di licenziare – anche **per assenze di lungo (potendo descrittivamente qualificarsi in questi termini quelle fino a 180 giorni) e lunghissimo periodo (potendo descrittivamente qualificarsi in questi termini quelle fino a 300 giorni), evidentemente strutturate ab origine per tutelare il lavoratore anche contro assenze riconducibili a disabilità.**
49. In secondo luogo (2° questione) occorrerà comprendere se l’eventuale discriminazione indiretta sia giustificabile in base alle regole del diritto dell’U.E. e (3° questione) se l’aspettativa non retribuita con conservazione del posto di lavoro (eventualmente depurata dei suoi aspetti potenzialmente discriminatori) di ulteriori 120 giorni dopo la malattia possa rappresentare un accomodamento ragionevole sufficiente ad escludere la discriminazione o (4° questione) se esistano altri accomodamenti ragionevoli conciliabili con la normativa esistente.
50. Come detto, la Corte di cassazione italiana ha direttamente opinato nel senso dell’applicabilità diretta dei principi delle sentenze della CGUE del 2013 e del 2018, senza porsi i dubbi che qui vengono sollevati e sui quali è quindi necessario, a parere di chi scrive, adire l’interprete autentico in materia.
51. Va premesso che nel caso di specie (come del resto in ogni caso di questo tipo) **l’unica limitazione** sul lavoro che incontra il disabile e che viene in rilievo è quella dell’**assenza continuata dal lavoro**, causata dall’impossibilità assoluta di rendere la prestazione in un certo periodo a causa di uno stato permanente di malattia certificata:

### La prima questione.

52. Si tratta di capire se, in relazione ad un tempo di conservazione del rapporto di lavoro di lunga o lunghissima durata, unico per tutti i lavoratori, sia possibile ravvisare una discriminazione indiretta per non avere la normativa italiana previsto un trattamento espressamente diverso per il disabile eurounitario.



53. Il dubbio è che possa non sussistere alcuna discriminazione, posto che (1) il periodo di 180 giorni (e a maggior ragione quello di 300 giorni) è talmente lungo da garantire proprio il lavoratore in grado di avere un maggiore rischio di malattia (ossia il disabile, che somma al rischio di malattie “comuni” il rischio di malattia connessa alla disabilità) anche perché (2) le assenze per malattia di lunga durata integrano la nozione di disabilità per il diritto dell’U.E..
54. La questione trae spunto dalla nozione stessa di malattia rilevante in chiave di disabilità, come sopra riportata nella giurisprudenza di codesta Corte: *“Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78”* (HK DANMARK cit.).
55. Nel caso di specie, si è visto che il lavoratore può restare assente per 180 giorni, anche non continuativi, retribuiti nell’arco del periodo 1.1-31.12 di ciascun anno, ossia può rimanere assente ogni anno per circa la metà dei giorni di calendario, mantenendo il diritto al posto di lavoro.
56. Vista l’entità di tale termine, appare evidente come lo stesso si presti quasi esclusivamente a tutelare assenze riconducibili a disabilità e non a semplice malattia “comune” (intendendo con tale aggettivo quella non riconducibile a disabilità).
57. Per rendere conto di ciò, riprendendo l’esempio utilizzato dall’Avvocato generale nelle conclusioni rese nell’ambito dei procedimenti c-335/2011 e 337/2011, ossia quello dell’influenza, si evidenzia esemplificativamente che, data una durata media della stessa di 7 giorni per giungere a completa guarigione, avremo che **per avvicinarsi al periodo di “comporto” un lavoratore dovrebbe ammalarsi per ben 25 volte di influenza (o di altra malattia ad analogo decorso).**
58. Esempio ovviamente iperbolico teso ad evidenziare come il termine in questione sia stato pensato *ab origine* per tutelare i lavoratori proprio contro assenze nel lungo periodo e, dunque, non riconducibili esclusivamente a malattia “comune”.
59. Si consideri inoltre che già la rottura di un arto o di un’articolazione dà di regola luogo a disabilità posto che (1) in tali casi spesso non c’è una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo – e qui va considerata anche la riabilitazione – e si rientra quindi nella disabilità; (2) se invece la prospettiva di guarigione completa vi è fin dall’inizio e si colloca in almeno 3-4 mesi, anche qui potrebbe aversi una limitazione di lunga durata e vi è quindi disabilità.
60. Che un individuo “non disabile” possa anche solo avvicinarsi a tali termini si ritiene estremamente difficile in concreto, rimanendo tale possibilità limitata a casi di scuola (l’agente nella sostanza si ammalerebbe o si ferirebbe di continuo, ma sempre in modo non grave, con assenze sempre “non di lunga durata” e tutto questo in continuazione, per ben 180 giorni nel periodo 1° gennaio-31 dicembre; per non parlare dei 300 giorni in relazione ai quali il superamento dovuto esclusivamente a malattia “comune” appare pressoché impossibile).



61. Appare dunque logico ritenere che tale termine possa ricomprendere e tutelare in ampiezza sia situazioni di malattia riconducibili a disabilità, che situazioni di malattia “comuni”, risultando in effetti eccessivo se la finalità è solo quella di tutelare esclusivamente contro queste ultime;
62. La conferma, peraltro, ci giunge dalla circostanza che tale trattamento è assicurato non già una sola volta nella vita lavorativa del soggetto, né è prevista una diminuzione scalare nel tempo (180 giorni il primo anno; 120 il secondo e così via), ma esso è assicurato in uguale misura in ogni anno lavorativo; e qui si dissipano tutti i dubbi sul fatto che tale termine (**essenzialmente è assicurata l'assenza per malattia per metà anno lavorativo, ciascun anno, per sempre**) è destinato a tutela proprio del disabile (che in effetti è l'unico che possa avere tali prospettive di lunghe assenze per malattia ripetute nel tempo).
63. Ciò posto, si ricorda che la fattispecie della discriminazione indiretta presuppone uno stesso trattamento per due situazioni diverse ed è quindi necessario che vengano comparati un lavoratore disabile e uno non disabile in relazione ad un determinato aspetto della prestazione lavorativa (qui la conservazione del posto in rapporto alle assenze per malattia).
64. Ma nel caso di specie, proprio vista la particolarità dell'istituto che viene in rilievo e la lunga durata dell'assenza – già i 180 giorni retribuiti – vi è un concreto dubbio che possa introdursi un **ragionevole** discorso discriminatorio in una normativa che appare già strutturata per tutelare precipuamente i soggetti disabili.
65. Siamo quindi evidentemente ben lontani dai termini brevissimi di cui alla normativa spagnola che ha dato vita al caso del 2018 (assenze di 8 giorni rapportate ad ulteriori assenze di 30 giorni in un quadrimestre), ma anche considerevolmente lontani (di 1/3) da quelli della normativa danese sul preavviso breve (assenze di 120 giorni nell'arco di un anno) che ha dato vita al precedente del 2013.
66. Il discorso risulta logicamente impostato già con riferimento ai 180 giorni di malattia retribuita. Esso è ancora più evidente considerando gli ulteriori 120 giorni di assenze non retribuite che, su richiesta del lavoratore, possono essere accordate al fine di evitare il licenziamento.
67. Viste le gravissime conseguenze che ne deriverebbero (essenzialmente tutta la contrattazione collettiva italiana sarebbe discriminatoria; i licenziamenti sarebbero tutti nulli, con gravissime conseguenze patrimoniali, anche per le piccole imprese – quale la presente convenuta – ed anche per i datori di lavoro non imprenditori: per una piccola entità imprenditoriale con una condanna al pagamento di 25-30 mesi di retribuzioni a chi non ha lavorato, di regola si rischia la chiusura dell'attività), si ritiene di rappresentare a codesta Corte questo dubbio interpretativo; esso è ancora più rilevante se si considera che – a quanto consta – il diritto dell'U.E. non prescrive una durata specifica del periodo di comportamento per il disabile, che il legislatore italiano in materia ha quindi ampia discrezionalità (qui delegata alle parti sociali) e che va evitato che tale discrezionalità possa essere surrettiziamente scavalcata da una non corretta applicazione del diritto dell'Unione immaginando la necessità di differenziare per i disabili un trattamento che è già predisposto per tutelare in prevalenza gli stessi.



## La seconda questione

68. Nel caso in cui si ritenesse sussistente una astratta discriminazione indiretta, dovrebbe verificarsi essenzialmente se le ragioni del disabile fossero comunque già sufficientemente tutelate dalla normativa in questione, in rapporto agli altri interessi rilevanti nella fattispecie.
69. Come visto il diritto dell'U.E. non prescrive (con l'efficacia interpretativa propria dei considerando) "*il mantenimento dell'occupazione ... di un individuo ... non capace ... ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro*" (17mo considerando), caso in cui sembra rientrare proprio chi non può radicalmente lavorare essendo assente per malattia per un arco di tempo lungo, qui pari ad oltre 180 giorni nel periodo 1.1 – 31.12.
70. A questo punto, l'eventuale ipotetica discriminazione indiretta che ne deriverebbe, dovrebbe essere valutata come legittima o meno, prevedendo la direttiva la legittimità del "*criterio o ... prassi [che] siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*" (questo in quanto la tutela del disabile va coordinata con altri beni giuridici rilevanti) ed appaiono sussistere dubbi al riguardo.
71. Si è consci che codesta Corte ordinariamente rimette alla valutazione del giudice nazionale l'esistenza di tali parametri e questo probabilmente perché tale valutazione involge più il diritto nazionale – la cui interpretazione esula dai compiti della CG – del diritto dell'Unione.
72. Tuttavia, proprio perché ciò è solo tendenziale (perché in fondo anche attraverso un utilizzo distorto di tali parametri si giungerebbe al risultato della violazione del diritto dell'U.E.), codesta Corte è solita fornire al giudice nazionale utili indicazioni anche concrete sul percorso logico interpretativo da seguire al riguardo (v. proprio i casi del 2013 e del 2018 sopra citati), indicazioni che qui sarebbero particolarmente utili anche perché la giurisprudenza interna di legittimità che si è occupata della questione ha essenzialmente fatto coincidere la discriminazione indiretta con l'illegittimità del trattamento.
73. Nel caso di specie pare a chi scrive che la **finalità** compromissoria perseguita (v. sopra punto n. 29) dalla normativa italiana possa essere ritenuta **legittima**, tutelando in maniera intensa il lavoratore dal rischio di malattia, con conservazione del posto di lavoro per un lungo periodo (circa metà anno, ogni anno, per sempre), ma concedendo al datore di lavoro di porre fine liberamente (superato tale limite) ad un rapporto che non consente una proficua esecuzione (con riallineamento tra forma e sostanza).
74. Circa la **appropriatezza dei mezzi impiegati**, va evidenziato che – come già evidenziato nell'ambito della prima questione – la normativa italiana sulla malattia appare tutelare soprattutto il disabile, posto che garantisce una quantità di assenze per malattia che di regola solo il disabile può maturare, anche in prospettiva pluriennale; ed in tale fase i diritti del disabile sono massimizzati (essendo precluso ogni tipo di licenziamento per giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, eccettuata solo la giusta causa che preclude la prosecuzione di ogni rapporto; percependo il disabile una somma pari alla retribuzione come visto al punto n. 31) a fronte della



compressione – seppur giustificata, anche in chiave costituzionale – assoluta della situazione giuridica del datore di lavoro (gravato, oltre che da costi economici diretti v punto n. 31, anche da costi organizzativi e formativi relativi all’assunzione di personale a tempo determinato in sostituzione del lavoratore assente per malattia, personale che potendo optare per un rapporto a tempo indeterminato abbandonerà la sostituzione alla prima occasione).

75. Solo superato il termine massimo di comporto (**quando, quindi, il rapporto, nell’arco dell’anno, si svolge per più tempo da ineseguito che da eseguito**) vengono a prevalere gli interessi economici ed organizzativi del datore di lavoro.
76. Viene inoltre prevista la possibilità – a domanda del lavoratore – di ottenere – una sola volta – un ulteriore periodo di stabilità del rapporto, di altri 120 giorni, non retribuiti (anche perché l’istituto nazionale di previdenza sociale ne indennizza – seppure come visto parzialmente, il resto lo paga il datore – al massimo 180).
77. Sul punto va rilevato che la previsione al riguardo contenuta nel contratto collettivo esclude tale possibilità per le malattie croniche e psichiche: questa limitazione, effettivamente, potrebbe apparire contraria al diritto dell’U.E. proprio nella parte in cui dovesse rappresentare un ostacolo discriminatorio per il disabile portatore di una siffatta patologia e la relativa limitazione potrebbe essere disapplicata dal giudice nazionale; tale ultimo tema non è però qui direttamente rilevante in quanto la lavoratrice – pur potendolo fare – non ha fatto richiesta del termine ulteriore in questione che, quindi, non è stato concesso.
78. Tali due periodi sommati tra loro permettono pertanto un’assenza, continuata o meno, di 300 giorni su 365 per il primo anno; per gli anni successivi il lavoratore conserverà il posto di lavoro se rimarrà nel limite di 180 giorni (retribuiti).
79. Tale aspettativa non retribuita di 120 giorni (come detto depurata o/o occorrente del suo carattere discriminatorio relativamente alle malattie croniche o psichiche) – che fa parte della regola normativa – potrebbe anche essere valutata quale potenziale ragionevole accomodamento al fine di escludere l’eventuale discriminazione indiretta.
80. Circa la **necessità dei mezzi impiegati** si è già detto che la normativa fa scattare la facoltà di licenziamento al plastico manifestarsi dell’**inefficienza oggettiva** dal rapporto (**quando in una annualità è più il tempo passato in malattia che quello non in malattia**), venendo qui il dubbio che non si possa comunque fare gravare sul datore di lavoro, oltre un ragionevole arco di tempo (necessario a verificare se il rapporto può proficuamente riprendere) i costi (diretti e organizzativi) di un rapporto con un soggetto comunque non in grado di svolgere la propria prestazione con profitto, perché persistentemente assente dal lavoro.
81. Va inoltre dato atto che la normativa italiana appare frutto non solo di compromesso tra organizzazione aziendale e interesse del lavoratore alla conservazione dell’impiego anche durante una malattia, ma che essa è frutto anche della necessità di garantire la **privacy del disabile**, non tenuto a rivelare al datore di lavoro né il proprio stato di disabilità (salvo sia assunto *ab origine* in quota disabili, ma non è questo evidentemente il caso), né le ragioni (diagnosi) alla base delle proprie assenze per malattia, avendo di contro il datore di lavoro espresso divieto (art. 5, Statuto dei



- lavoratori) di svolgere propri accertamenti sanitari sulla persona del lavoratore (“Sono vietati accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente”).
82. Secondo la normativa italiana il datore di lavoro non sa il motivo dell’assenza del lavoratore, **non ricevendo certificati con diagnosi** (ossia con la causale della malattia) ma solo con prognosi (anche nel caso di specie ciò si è verificato per i certificati italiani, dall’agosto al dicembre del 2022; solo il certificato thailandese ha riportato la diagnosi).
83. Da ciò consegue che, quando il datore di lavoro fa utilizzo della possibilità di licenziare il lavoratore all’esito di assenze di lungo periodo, lo fa “al buio”, ignorando le motivazioni delle assenze per malattia e non è in grado di formulare concrete ipotesi circa l’esistenza o meno di disabilità.
84. Al contrario – non essendo nemmeno sufficiente una eventuale documentazione amministrativa di disabilità: punto n. 32 della sentenza CGUE CONEJERO del 2018 – **per fare una accurata valutazione sull’esistenza o meno della disabilità rilevante in ambito eurounitario sarebbe necessario avere una completa discovery di tutta la documentazione sanitaria del paziente.**
85. Infatti, proprio perché la disabilità è una nozione biopsicosociale non è la malattia o la malformazione in quanto tale a rilevare (CGUE, Z. 18.3.2014, in C-363/2012), ma l’eventuale l’interazione negativa di essa con l’ambiente di lavoro, interazione qui rappresentata esclusivamente dall’assenza prolungata;
86. Ne consegue che per sapere se tale limitazione è prolungata – e, dunque, se il lavoratore è disabile – occorre sapere la specifica causa di un numero di assenze collegate tra loro e tali da integrare la “*limitazione di lunga durata*”.
87. Ne consegue che l’idea che il datore di lavoro possa – in controversie come questa in cui si discute solamente di assenza per malattia quale unica limitazione rilevante – essere a conoscenza di una ontologica “disabilità” del lavoratore”, in questa chiave, non ha alcun senso, potendo il disabile essere mancato dal lavoro per motivi comuni (e salvo non ammettere, quindi, l’impossibilità di potere superare il periodo di 180-300 giorni a forza di assenze per malattie comuni, ciò che ci riporterebbe però all’insussistenza di una discriminazione indiretta in base alla 1° questione).
88. Dunque, da questo punto di vista, le esigenze di tutela della disabilità mediante l’applicazione di un ipotetico regime differenziato di vantaggio e le esigenze di tutela della privacy medica del disabile potrebbero apparire inconciliabili.
89. Inoltre, laddove in seguito si addebitasse al datore di lavoro un comportamento scorretto, questo sarebbe in realtà di regola incolpevole, **mancando** (a cagione dell’ignoranza delle diagnosi delle singole assenze) **un elemento soggettivo di dolo o di colpa.**
90. E sul punto va evidenziato come la normativa italiana, in materia lavoristica, non prevede ipotesi di risarcimento del danno (qui conseguenti al licenziamento) svincolate dall’esistenza di un elemento soggettivo del danneggiante ed apparirebbe eccessivamente gravoso fondare sul solo piano oggettivo, della discriminazione indiretta (elemento già precario a monte, sulla base di tutto quanto evidenziato in relazione alla prima questione sollevata) una siffatta ipotesi di responsabilità.





91. In definitiva, la normativa italiana, al superamento di un termine massimo (che appare tutelare *in primis* proprio i disabili), di lunghezza tale (oltre 180 giorni retribuiti) da rendere oggettivamente e stabilmente disfunzionale il rapporto, tanto da rimettere al datore di lavoro la scelta discrezionale di procedere al licenziamento, ritiene – ma solo laddove il lavoratore non richieda un periodo di aspettativa non retribuita di altri 120 giorni al fine di conservare il rapporto di lavoro – infine di fare prevalere gli interessi economici ed organizzativi del datore di lavoro (17mo considerando), consentendogli di procedere ad un licenziamento che ha quale unico e semplice presupposto il superamento del termine, senza introdurre questioni ulteriori in ordine al tipo di patologia che affligge il lavoratore o che ne ha determinato le assenze, in quanto il sistema – a tutela della privacy del lavoratore – non informa il datore di lavoro delle diagnosi delle sue assenze per malattia; questioni che aprirebbero ad una fase di enorme incertezza non solo sui presupposti di licenziamento, ma anche sul futuro dell'attività, danneggiando ulteriormente la stessa (si pensi per tutte alla legittime necessità di stabilizzare i lavoratori a termine in sostituzione degli assenti per malattia oltre il termine massimo, necessità gravemente compromesse dall'esistenza di possibili contenziosi discriminatori – con diritto alla riassunzione – quale il presente).
92. La normativa italiana (L. n. 68/1999), peraltro, tutela il disabile anche all'esterno del rapporto di lavoro e più in generale nell'ambito del mercato del lavoro, posto che i datori di lavoro che occupano **più di 14 dipendenti** devono **riservare una quota variabile di posti di lavoro** in favore di soggetti **disabili** (dai 15 ai 35 è necessario assumere 1 lavoratore disabile che sale a 2 nella fascia da 36 a 50 dipendenti. Le aziende con più di 50 dipendenti devono, invece, riservare il 7% dei posti in favore delle categorie protette) che vengono assunti da speciali elenchi e previa verifica della condizione di disabilità (in base a determinate soglie sanitarie: p.e. occorre almeno il 46% di invalidità civile; ma è sufficiente il 34 % se l'invalidità è derivante da causa lavorativa) da parte di commissioni mediche pubbliche (ad onor del vero la ricorrente, in base alla valutazione della commissione medica di circa 1 anno fa, è al di sotto di tale soglia, ma si tratta di valutazione che può comunque essere ripetuta).
93. Alla luce di tali criticità c'è quindi il dubbio che **rendere del tutto incerti i confini applicativi di una legittima facoltà di recesso (all'esito del superamento del comportamento) senza giustificazione potrebbe rendere la stessa eccessivamente rischiosa ed onerosa, importandone una sorta di abrogazione di fatto** e compromettendo oltremodo la gestione dell'azienda o dell'attività.
94. In tale quadro sorge quindi il dubbio interpretativo che l'eventuale discriminazione indiretta potrebbe comunque rispondere ai requisiti di legittimità, appropriatezza e necessità.

### **I possibili accomodamenti ragionevoli.**

95. Vi sono anche problemi in tema di accomodamenti ragionevoli astrattamente adottabili: tale analisi è necessaria in quanto **l'eventuale assenza di possibili accomodamenti ragionevoli diversi da quelli già previsti dalla normativa, andrebbe a sancire ulteriormente la natura necessitata della disciplina nazionale attuale e conseguentemente la legittimità dell'operato del datore di lavoro.**



96. Uno di essi è già previsto a livello normativo e potrebbe essere quello dell'aspettativa non retribuita previsto dal contratto collettivo applicabile al rapporto di specie (anche depurato da eventuali profili di discriminatorietà) e sullo stesso, come anticipato, si chiede una eventuale valutazione della Corte in termini di ragionevolezza e sufficienza al fine di evitare un trattamento discriminatorio (il fatto di non essere in concreto stato richiesto dalla lavoratrice non dovrebbe andare a svantaggio del datore, rilevando comunque la circostanza che il sistema prevedesse tale possibilità).

La circostanza che l'aspettativa debba essere richiesta dal lavoratore discende evidentemente dalla circostanza che questi è (legalmente) il solo in possesso della documentazione necessaria, nonché è (legalmente) a conoscenza del proprio eventuale stato di disabilità e, comunque, è certamente il soggetto interessato ad ottenere un eventuale allungamento del rapporto; d'altra parte anche una eventuale conoscenza (come nel caso di specie), nel datore, di parte (minoritaria) delle causali delle assenze (e, dunque, come visto ai punti 84-87, con assenza della conoscenza della disabilità del lavoratore), difficilmente potrebbe essere valorizzata al fine di introdurre un obbligo in capo allo stesso, soprattutto laddove **in primis il lavoratore a ciò direttamente interessato abbia ritenuto di non avvalersi di tale facoltà.**

97. Altri strumenti potrebbero invece apparire di **problematica applicazione e quindi potenzialmente irragionevoli**: il primo teoricamente utilizzabile (scomputo dei periodi riferiti ad assenze determinate da disabilità) si scontra frontalmente con il 17mo considerando della direttiva, posto che è idoneo ad impedire l'estinzione di un rapporto di lavoro di chi non è permanentemente in grado di lavorare, risultando a quel punto ammissibili assenze per un periodo di tempo potenzialmente infinito.

98. Il secondo teoricamente utilizzabile (assegnazione di un periodo **retribuito** di maggiore durata della conservazione del posto di lavoro per il disabile, **evidentemente diverso dall'aspettativa non retribuita di 120 giorni già prevista dal contratto collettivo**), soggiace alle incertezze di determinare un termine ad opera del datore di lavoro (che come detto opera "alla cieca" senza conoscere la documentazione sanitaria del lavoratore), compromettendo la certezza del diritto e la legittimità del futuro licenziamento (potendo evidentemente il giudice successivamente adito ritenere troppo corto il periodo ulteriore assegnato dal datore), ciò che pure parrebbe compromettere quanto salvaguardato dal 17mo considerando.

99. Trattandosi (in tesi) di un periodo di ulteriore assenza retribuita appena susseguente ai 180 giorni già retribuiti/indennizzati, l'Istituto di previdenza sociale nazionale non parteciperebbe alla spesa, che sarebbe quindi totalmente a carico del datore di lavoro (che nel caso di specie ha già corrisposto circa 2 mensilità complessive al lavoratore nell'arco dei 180 giorni di malattia), con il conseguente innescarsi di una ulteriore questione, anche ai fini della valutazione della "proporzione" dell'onere economico conseguente (ai sensi dell'art. 5 della direttiva), valutazione anche questa certamente non banale (inoltre, considerato come i 180 giorni di comportamento riguardano ciascuna annualità, è logico immaginare che tale accomodamento consistente in un ulteriore periodo di assenza retribuita a carico del datore di lavoro possa ripetersi in una pluralità di annualità).

100. Peraltro, occorre anche domandarsi se nella ragionevolezza rientri il sostenere il datore di lavoro un costo economico (anche rilevante) non finalizzato



all'adempimento della controprestazione da parte del lavoratore (come p.e. riadattare i locali), bensì totalmente svincolato da essa.

101. Resta infine un ulteriore elemento da valutare (in punto a nesso di causalità tra mancata adozione dell'accomodamento ragionevole e licenziamento) ed è rappresentato dalla possibilità o meno di verificare se l'eventuale concessione di un ulteriore periodo di sospensione del rapporto di lavoro al disabile ne avrebbe consentito effettivamente il ritorno al lavoro ed evitato pertanto il licenziamento (cosiddetta "prova di resistenza").
102. Nel caso di specie, come visto, anche dopo una ventina di giorni dal superamento dei 180 giorni la ricorrente era certificata come in malattia; inoltre, ancora a distanza di molti mesi dal licenziamento, la lavoratrice si trovava in condizioni di salute tali da impedirne la ripresa del lavoro e di tale elemento – pur successivo al licenziamento – c'è il dubbio che possa o debba tenersi conto ai fini della valutazione di una eventuale condotta discriminatoria da parte del datore di lavoro, perché in effetti, sanzionare (con le gravi conseguenze risarcitorie sopra esaminate) il datore di lavoro, anche di piccole dimensioni, anche non imprenditore, che ha licenziato il lavoratore in base alla normativa esistente (già a tutela di assenze di lungo periodo), in tesi per non avergli concesso un ulteriore periodo (retribuito) di conservazione del posto di lavoro, **allorquando quest'ultimo comunque non sarebbe stato in grado di tornare comunque al lavoro anche in un termine ulteriore** (17mo considerando), potrebbe essere ritenuto eccessivo e, di contro, la normativa interna contraria, sul punto necessitata.

## Conclusioni

103. Il dubbio complessivo che consegue a quanto esposto è che – dato il sistema normativo italiano così come appena riassunto – potrebbe non apparire possibile una correzione "volante" e parziale ad opera della discriminazione indiretta, senza comportare un pregiudizio rilevante per gli altri interessi coinvolti, venendo in gioco l'impostazione generale del sistema (individuazione del periodo massimo di sospensione del rapporto, tutela della privacy del disabile, tutela del datore di lavoro in relazione all'elemento soggettivo nel momento del licenziamento, funzionamento della previdenza sociale), rimessa alla discrezionalità del legislatore, con la conseguenza che la normativa esistente potrebbe apparire sul punto necessitata.

## Richiesta di applicazione del procedimento accelerato.

104. Si ritengono sussistenti i motivi ("*la natura della causa richiede un suo rapido trattamento*") che giustificano la richiesta di trattazione con procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, paragrafo 1, del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia del 25 settembre 2012.
105. Il diritto italiano – sul punto anche recependo le regole eurounitarie – pone grande attenzione alla ragionevole durata dei processi: in materia di lavoro ed in particolare in tema di licenziamento in cui vi è domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, si richiede al giudice una particolare celerità (art. 441-bis c.p.c.) venendo, inoltre, in questione denari di regola necessari alla sussistenza del lavoratore; sotto altra prospettiva, l'attesa degli ordinari tempi di decisione di codesta Corte, in sinergia con il meccanismo risarcitorio italiano per l'ipotesi di discriminazione – che in caso di accoglimento porterà alla liquidazione in favore del lavoratore di una



somma pari a tutte le retribuzioni omesse sino alla pronuncia reintegrazione (e al pagamento dei relativi contributi previdenziali) – potrebbe pregiudicare eccessivamente le ragioni della parte convenuta, in ipotesi di sua soccombenza.

**per questi motivi**

Chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, sulle questioni interpretative pregiudiziali formulate in motivazione, ossia:

- 1) se la direttiva 2000/78 sia di ostacolo ad una normativa nazionale che, prevedendo il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia per 180 giorni retribuiti, nel periodo dal 1.1 al 31.12 di ciascun anno, oltre ad ulteriori 120 giorni di aspettativa non retribuita (fruibili questi 1 sola volta) su richiesta del lavoratore, non preveda una disciplina differente tra lavoratori qualificabili come disabili e lavoratori che non lo sono;**
- 2) laddove la normativa nazionale descritta in motivazione dovesse essere considerata astrattamente integrante una discriminazione indiretta, se la normativa stessa sia comunque oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari;**
- 3) se un accomodamento ragionevole idoneo e sufficiente ad evitare la discriminazione possa essere rappresentato dalla previsione di un'aspettativa non retribuita, a richiesta del lavoratore, successiva allo scadere dei 120 giorni di malattia ed idonea ad impedire il licenziamento sino alla sua scadenza;**
- 4) se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere – alla scadenza del periodo di 180 giorni di malattia retribuita – un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa;**
- 5) se, al fine di valutare il comportamento discriminatorio del datore di lavoro, possa valutarsi (ai fini dello stabilire la legittimità o meno del licenziamento) la circostanza che anche un'eventuale ulteriore periodo di stabilità del rapporto retribuita a carico del datore di lavoro non avrebbe consentito il rientro al lavoro del disabile, permanendo il suo stato di malattia.**

Chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato, ai sensi degli articoli 23bis dello Statuto e 105 del Regolamento di procedura della Corte.

Dispone la sospensione del giudizio sino alla pubblicazione della decisione della Corte di giustizia sulle predette questioni interpretative pregiudiziali. Manda alla cancelleria, perché trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, con le modalità indicate nelle Raccomandazioni relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, la presente ordinanza unitamente alla copia del fascicolo d'ufficio, provvedendo a tutti i necessari adempimenti di competenza.

Si comunichi

Ravenna, li 04/01/2023

IL GIUDICE

DOTT. DARIO BERNARDI



SENTENZA

Cassazione civile sez. lav. - 17/01/2024, n. 1788

## Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE QUARTA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI PAOLANTONIO ANNALISA - Presidente -  
Dott. MAROTTA CATERINA - Consigliere -  
Dott. BELLE' ROBERTO - Consigliere -  
Dott. FEDELE ILEANA - Consigliere -  
Dott. CAVALLARI DARIO - Cons. Rel. -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso n. 3423/2021 proposto da:

Ga.Lo., elettivamente domiciliata in Roma, via Fl.  
n. 195, rappresentata e difesa dall'Avv.  
Mara Parpaglioni;  
- ricorrente -

contro

ATAC spa Azienda per la mobilità di Roma Capitale,  
elettivamente domiciliata in Roma, via Pr. n. 45,  
rappresentata e difesa dall'Avv. Daniela La Rosa;  
- contro ricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma  
n. 1444 del 2020, pubblicata il 22 luglio 2020.  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza dell'8 novembre 2023 dal Consigliere  
DARIO CAVALLARI;

lette le conclusioni scritte - confermate in udienza -  
del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale  
Mario Fresa, che ha concluso per l'accoglimento del  
ricorso;

uditi gli Avvocati Mara Parpaglioni, per la ricorrente,  
che ha chiesto l'accoglimento del ricorso, e Daniela  
La Rosa, per la P.A. controricorrente, che ne ha  
domandato il rigetto.

## FATTI DI CAUSA

1. Con ricorso depositato il 5 marzo 2019 presso il Tribunale di Roma, Lo.Ga., nella qualità di caregiver del figlio minore, nato il Omissis, convivente e gravemente disabile in quanto invalido al 100% (c.d. caregiver familiare), ha chiesto l'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento tenuto nei suoi riguardi da ATAC spa, suo datore di lavoro, nonché la condanna di controparte ad assegnarla stabilmente ad un turno fisso dalle 8,30 alle 15,00 (o, comunque, compatibile con le esigenze del detto figlio), con l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni e la condanna al risarcimento del danno.

2. Essa ha dedotto la mancata flessibilità degli orari di lavoro dell'Azienda ATAC che, non accogliendo le sue istanze, avanzate appunto come caregiver familiare, avrebbe omesso di assegnarla stabilmente ad un turno fisso di mattina per lo svolgimento delle mansioni di operatore di stazione, o anche, con il suo consenso, di mansioni di livello inferiore, in modo da consentirle di assistere il detto figlio nelle ore pomeridiane e, contestualmente, di continuare a svolgere la propria attività lavorativa in condizioni di eguaglianza con gli altri dipendenti;

3. Fra le condotte contestate dalla lavoratrice, particolare rilievo assumono i seguenti fatti:

a) il datore di lavoro avrebbe trattato la ricorrente in maniera differente rispetto ad altri colleghi ritenuti per motivi sanitari non idonei, in via temporanea o definitiva, a rendere con le modalità ordinarie la prestazione lavorativa; infatti, mentre detti colleghi sarebbero stati destinati provvisoriamente ad altri compiti in attesa di essere riqualificati in mansioni differenti (con assegnazione ad un turno agevolato o c.d. di sussidio presso una sede di lavoro fissa), a lei questa possibilità non sarebbe stata concessa, siccome la valutazione di non idoneità rilevante nella specie sarebbe stata effettuata sulla base non delle condizioni di salute del figlio gravemente disabile da lei assistito e della necessità di accudirlo, ma di quelle di essa ricorrente, nonostante fosse la caregiver del minore;

b) il datore di lavoro avrebbe adottato, per un periodo di tempo irragionevolmente lungo, dei provvedimenti di natura provvisoria e non definitiva al fine di risolvere le difficoltà di proseguire la vita lavorativa da lei prospettate e conseguenti agli obblighi di assistenza sulla medesima gravanti quale caregiver del figlio minore gravemente disabile;

c) il datore di lavoro non avrebbe assunto provvedimenti in ordine alla richiesta della ricorrente, formulata quale caregiver del figlio minore gravemente disabile, di essere eventualmente adibita anche a mansioni inferiori al fine di risolvere le menzionate difficoltà di proseguire la vita lavorativa.

4. Il Tribunale di Roma, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza n. 66193/2019, ha rigettato il ricorso.

5. Lo.Ga. ha proposto appello che la Corte d'appello di Roma, nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1444/2020, ha rigettato nel merito, sul presupposto che non fosse stata dimostrata l'esistenza di una condotta discriminatoria e che, comunque, il datore di lavoro avrebbe posto in essere "ragionevoli accomodamenti".

6. In particolare, la corte territoriale ha ritenuto che l'Azienda avesse comunque sufficientemente agevolato la dipendente, nonostante avesse adottato degli ordini di servizio sempre provvisori, e che, per ciò che concerne il trattamento riservato ai lavoratori non idonei a rendere con le modalità ordinarie la prestazione lavorativa, destinati provvisoriamente ad altri compiti in attesa di essere riqualificati in differenti mansioni (con assegnazione ad un turno agevolato o c.d. di sussidio presso una sede di lavoro fissa), giustamente l'ATAC spa non le avesse concesso questa possibilità, atteso che erano i suoi colleghi i destinatari delle prescrizioni mediche indicate nelle certificazioni prodotte.

7. Lo.Ga. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi, con cui ha dedotto la sussistenza dei requisiti di legge per la tutela del suo diritto alla non discriminazione per ragioni di disabilità nei luoghi di lavoro, ha negato che l'ATAC spa avesse posto in essere "ragionevoli accomodamenti", anche perché essa riteneva di avere un diritto assoluto a che tali "ragionevoli accomodamenti" fossero realizzati, ha prospettato che la concessione di provvedimenti provvisori, limitati a pochi mesi per periodi discontinui e privi della forma scritta, non escludesse la discriminazione denunciata e, infine, ha lamentato la violazione delle regole in tema di prova della discriminazione.

8. L'ATAC spa si è difesa con controricorso.

9. La ricorrente ha depositato memorie, allegando di essere stata licenziata con atto di destituzione ricevuto il 10 ottobre 2022.

10. L'ATAC spa ha depositato memorie.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

### LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA RILEVANTI

### NEL GIUDIZIO

11. La controversia riguarda, innanzitutto, la legittimazione del caregiver familiare di minore gravemente disabile, che deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela

antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000. In particolare, viene in rilievo il problema se gravi, sul datore di lavoro del caregiver di cui sopra, l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto caregiver, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Ulteriore profilo in discussione investe l'individuazione della definizione da accogliere di caregiver rilevante per l'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Le menzionate questioni sono poste alla luce dell'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

12. Nel presente giudizio assume rilievo, in primo luogo, l'art. 2 della Direttiva 2000/78/CE, che, nel fissare la nozione di discriminazione, così dispone:

"Articolo 2

Nozione di discriminazione

1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:

l) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che



Il) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

3. Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.

4. L'ordine di discriminare persone per uno dei motivi di cui all'articolo 1, è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1.

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui".

13. Ulteriore disposizione rilevante è l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, il quale così dispone:

"Articolo 5

Soluzioni ragionevoli per i disabili

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili".

14. Nell'ambito del diritto UE è importante, poi, ai fini della definizione del giudizio, la sentenza della Grande Sezione della CGUE del 17 luglio 2008, Causa C-303/06, Coleman, il dispositivo della quale così recita:

"1) La direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, in

particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a).

2) La direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, è connesso alla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto comportamento viola il divieto di molestie enunciato al detto art. 2 n. 3".

## LE DISPOSIZIONI DEL DIRITTO NAZIONALE RILEVANTI NEL GIUDIZIO

15. Innanzitutto, viene in rilievo l'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 216 del 2003, il quale, intitolato in origine "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", prescrive che:

"Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite:

a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

16. Inoltre, incide sulla presente controversia l'art. 3, comma 3 bis, del medesimo D.Lgs. n. 216 del 2003 (introdotto dall'art. 9, comma 4 ter, del d.l. n. 76 del 2013), il quale prescrive che:

"Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18 nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena

eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

17. Non trova applicazione, in quanto sopravvenuto rispetto al presente contenzioso, il nuovo art. 25, comma 2 bis, del D.Lgs. n. 198 del 2006 (c.d. Codice delle pari opportunità), introdotto dall'art. 2, comma 1, della legge n. 162 del 2021, il quale dispone che:

"2-bis. Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera".

#### MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE CONCERNENTE L'INTERPRETAZIONE DEGLI ARTT. 2 e 5 DELLA DIRETTIVA 2000/78/CE E SPIEGAZIONE DEL COLLEGAMENTO ESISTENTE TRA QUESTE ULTIME DISPOSIZIONI E LA NORMATIVA NAZIONALE APPLICABILE NEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE.

18. La ricorrente è la caregiver familiare del figlio minore gravemente disabile.

19. La figura del caregiver familiare solitamente individua in Italia la persona responsabile di un altro soggetto dipendente, anche disabile od anziano, che non sia autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita, del quale si prende cura in un ambito domestico, organizzando e definendo l'assistenza di cui necessita tale soggetto; in genere,

è un familiare di riferimento, il quale svolge una attività, in maniera anche informale, gratuita, continuativa, di lunga durata e quantitativamente significativa.

20. La prima definizione normativa di caregiver familiare in Italia è stata introdotta dall'art. 1, comma 255, della legge n. 205 del 2017, il quale stabilisce che "Si definisce caregiver familiare la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, o sia titolare di indennità di accompagnamento ai sensi della legge 11 febbraio 1980, n. 18".

21. Il caregiver familiare di soggetto disabile non gode, però, in quanto tale, nell'ordinamento italiano, di una tutela generale contro le discriminazioni e le molestie subite sul posto di lavoro in ragione dei compiti di cura su di lui gravanti.

22. In realtà, egli beneficia solo di specifici istituti riconosciuti da particolari norme di legge che, peraltro, si limitano spesso ad estendere al detto caregiver forme di protezione non sue, ma proprie del disabile che assiste.

23. In particolare, il caregiver può godere di particolari benefici fiscali e previdenziali, delle risorse di fondi ad hoc e di alcuni diritti garantiti dalla legge n. 104 del 1992 che, in suo favore, prevede agevolazioni lavorative, tra cui:

- a) permessi mensili retribuiti;
- b) congedi retribuiti;
- c) il diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio;
- d) il rifiuto al trasferimento ad altra sede senza il suo consenso.

24. Nessuna disposizione nazionale riconosceva, invece, al caregiver, all'epoca dei fatti di causa, una tutela per l'ipotesi di c.d. discriminazione per associazione, ossia per i casi in cui avesse patito una discriminazione, diretta oData pubblicazione 17/01/20. luogo di lavoro, in ragione del compito di assistenza su di lui gravante.

25. Per questo motivo il giudice di primo grado aveva negato la legittimazione della ricorrente ad agire contro le dedotte condotte discriminative sopra riportate al punto 3, non

essendo essa, ma il disabile, il soggetto titolare del diritto a reagire contro le discriminazioni lavorative.

26. D'altro canto, la Corte d'appello di Roma ha ritenuto che la caregiver avesse, invece, il pieno diritto di avvalersi delle disposizioni nazionali che proteggevano il disabile contro le discriminazioni lavorative, soprattutto degli artt. 2, comma 1, e 3, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 216 del 2003.

27. Ciò ha affermato citando, a supporto della sua tesi, la sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia, 17 luglio 2008, causa C-303/06, Coleman, la quale ha esteso la sfera di applicazione soggettiva della direttiva 2000/78/CE, che tutela le persone contro discriminazioni per disabilità sul posto di lavoro, pure ai soggetti strettamente legati a disabili che forniscano a questi ultimi parte essenziale delle cure di cui hanno bisogno.

28. Pertanto, il caregiver familiare di disabile potrebbe, per il giudice di appello, godere della tutela prevista in favore del disabile stesso in presenza di discriminazioni sul luogo di lavoro e la relativa protezione ricomprenderebbe altresì il divieto di molestie ex art. 2, n. 3, della direttiva 2000/78/CE.

29. Quest'ultima conclusione impone, però, a questo Collegio di considerare la circostanza che la citata sentenza Coleman del 17 luglio 2008 della CGUE, causa C-303/06, in realtà ha affermato, nello specifico, che "la direttiva 2000/78 e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili".

30. Quest'ultima sentenza si riferisce, espressamente, ai soli casi di discriminazione diretta e, quindi, non parrebbe consentire, a prima vista, di estendere l'applicazione della direttiva 2000/78/CE ai caregiver di disabili che lamentino una discriminazione indiretta sul luogo di lavoro.

31. In particolare, la sentenza Coleman evidenzia, al punto 39, che "la direttiva 2000/78 contiene diverse disposizioni applicabili, come risulta dalla loro stessa formulazione, unicamente alle persone disabili. Infatti, il suo art. 5 precisa che per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, a seconda delle esigenze della situazione concreta, per consentire al disabile di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possa ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato".

32. Ne deriva, allora, che la sentenza Coleman potrebbe essere interpretata nel senso di escludere il diritto, del caregiver di disabile che sia vittima di discriminazione indiretta sul posto di lavoro in ragione dell'attività di cura svolta a vantaggio del disabile medesimo, di

pretendere dal datore di lavoro soluzioni ragionevoli per ovviare a tale discriminazione e, quindi, il corrispondente obbligo dello stesso datore di lavoro di prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per eliminare la situazione denunciata.

33. Una interpretazione formale della direttiva 2000/78/CE e della sentenza Coleman del 17 luglio 2008 sarebbe suffragata indubbiamente dalla lettera dei relativi testi e dalla considerazione che il diritto dell'Unione, nel caso in questione, potrebbe avere voluto, per ragioni di bilanciamento dei vari interessi coinvolti, sia dei dipendenti sia della parte datoriale, individuare un elenco preciso e ristretto di beneficiari della tutela antidiscriminatoria sul luogo di lavoro, il che porterebbe al risultato che la ricorrente nel giudizio all'esame di questa Suprema Corte di Cassazione non avrebbe alcuna protezione contro le dedotte condotte discriminatorie sopra riportate al punto 3.

34. Infatti, l'ordinamento italiano, almeno all'epoca dei fatti oggetto del presente giudizio, non prevedeva una tutela del caregiver familiare di un disabile contro discriminazioni in ambito lavorativo in ragione delle cure fornite al detto disabile, se non nei limiti riconosciuti dalla sentenza Coleman del 17 luglio 2008.

35. Sarebbe possibile, però, anche un'interpretazione estensiva della direttiva 2000/78/CE, fondata sulla considerazione degli obiettivi da essa perseguiti, su ragioni logico sistematiche e sull'evoluzione della normativa vigente e delle dinamiche economico-sociali.

36. Tale interpretazione potrebbe fondarsi, in primo luogo, sul fatto che, come rilevato dalla sentenza Coleman del 17 luglio 2008, il principio della parità di trattamento e l'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva 2000/78/CE non devono essere interpretati in senso restrittivo con riferimento ai motivi indicati all'art. 1 della direttiva stessa (punto 46), siccome questa direttiva si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (punto 50).

37. In effetti, la direttiva 2000/78/CE mira, per ciò che concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire, con riferimento agli obiettivi dalla stessa perseguiti, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui al suo art. 1, tra i quali figura la disabilità, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento nonché, come si evince dal trentasettesimo considerando della medesima direttiva, a realizzare una base omogenea all'interno della Comunità per quanto riguarda la parità in materia di occupazione e condizioni di lavoro (punti 34, 38 e 47 della sentenza Coleman del 17 luglio 2008).

38. Soprattutto l'undicesimo considerando della direttiva 2000/78/CE chiarisce che la discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il

raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

39. I detti obiettivi e, quindi, l'effetto utile della direttiva 2000/78/CE e la tutela che quest'ultima dovrebbe garantire sarebbero, però, compromessi se un lavoratore nella situazione della ricorrente potesse beneficiare solo di una protezione contro le discriminazioni lavorative dirette e non contro quelle indirette, considerato che le discriminazioni dirette sono meno diffuse delle indirette, che emergono principalmente al momento del licenziamento e non durante lo svolgimento del rapporto di lavoro: in questo modo, si posticiperebbe eccessivamente la tutela del lavoratore.

40. In secondo luogo, ragioni logico sistematiche potrebbero suffragare un'interpretazione della direttiva 2000/78/CE estensiva e favorevole al caregiver familiare di disabile grave, in quanto la protezione contro la discriminazione diretta e quella contro l'indiretta sarebbero strettamente connesse, non potendovi essere una vera tutela antidiscriminatoria sul luogo di lavoro che non le contrasti sempre entrambe.

41. La mancanza di garanzie nei confronti di una discriminazione indiretta svuota di contenuto quelle fornite in occasione di una discriminazione diretta, lasciando priva di tutela la fase prima del licenziamento discriminatorio e quella successiva all'eventuale reintegra nell'impiego del dipendente allontanato il quale, poi, se dovesse essere riassunto, non avrebbe garanzie contro nuove forme di discriminazione indiretta.

42. Infine, dovrebbe tenersi conto dell'evoluzione normativa ed economico sociale degli ultimi anni.

43. Infatti, successivamente alla sentenza Coleman del 17 luglio 2008, è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 61/106 del 13 dicembre 2006, "La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità" (CDPD), entrata in vigore internazionalmente il 3 maggio 2008, che è stata ratificata anche dall'Unione europea (con decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009), ove è entrata in vigore il 22 gennaio 2011.

44. Tale Convenzione assume certo rilievo, considerato che ha indotto la Corte di giustizia a rivedere il suo precedente orientamento sulla nozione di disabilità (CGUE, 11 luglio 2006, C-13/05, Chacon Navas, par. 36), arrivando ad affermare, nel caso H.K. Danmark (sentenza 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, par. 47), che la nozione di disabilità include anche "una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona

interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata".

45. Deve considerarsi, quindi, come acquisito il principio per cui le disposizioni della citata Convenzione delle Nazioni Unite possono essere invocate al fine di interpretare quelle della direttiva 2000/78, di modo che quest'ultima deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a tale convenzione (CGUE, Terza sezione, sentenza 10 febbraio 2022, causa C-485/2020, XXXX, par. 38; CGUE, Seconda Sezione, sentenza del 21 ottobre 2021, causa C-824/19, TC e UB contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia e VA, par. 59; CGUE, sentenza del 15 luglio 2021, Tartu Vangla, C-795/19, par. 49 e giurisprudenza ivi citata).

46. L'art. 2 della menzionata Convenzione, che contiene le definizioni rilevanti ai fini della Convenzione stessa, dispone che "Ai fini della presente Convenzione: (...) per "discriminazione fondata sulla disabilità" si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole".

47. La Convenzione in esame, quindi, non sembra attribuire rilievo alla distinzione fra discriminazione diretta ed indiretta quanto alla tutela della disabilità, apparentemente seguendo la logica sopra enunciata ai par.par. da 39 a 41, per cui le due forme di discriminazione sarebbero strettamente connesse e non potrebbe esservi una vera tutela antidiscriminatoria sul luogo di lavoro che non le contrasti sempre entrambe.

48. Va segnalato, al riguardo, che, con pronuncia del 3 ottobre 2022, il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità ha riconosciuto, con riferimento all'ordinamento italiano, "le gravi conseguenze sulle persone con disabilità assistite che derivano dal mancato riconoscimento della figura del caregiver e di misure di protezione sociale effettive a suo favore (quali l'accesso a incentivi, fondi e al sistema pensionistico, la flessibilità degli orari di lavoro e nelle vicinanze della propria abitazione)".

49. Il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità ha affermato che il riconoscimento e la tutela del caregiver familiare nella legislazione nazionale è preconditione essenziale alla realizzazione dei diritti della persona con disabilità e ha riscontrato una violazione da parte dell'Italia degli obblighi previsti dagli artt. 19 (Vita indipendente ed inclusione nella società del disabile), 23 (Rispetto del domicilio e della famiglia) e 28, comma 2, lett. c), (Sul diritto ad adeguati livelli di vita e protezione sociale), in combinato disposto con l'art. 5 (Uguaglianza e non discriminazione) della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, formulando delle specifiche raccomandazioni



all'Italia, inerenti sia la situazione della parte ricorrente sia, più in generale, la condizione di tutte le persone con disabilità e i loro caregiver.

50. Sembra ragionevole chiedersi, quindi, se un'interpretazione del diritto dell'Unione, formatosi sulla base della direttiva 2000/78/CE e della sentenza Coleman del 17 luglio 2008, che non consenta al caregiver familiare di minore gravemente disabile di ottenere tutela in presenza di una discriminazione indiretta sul posto di lavoro dovuta alla necessità di fornire le cure necessarie al detto disabile, limitando ogni protezione alle ipotesi di discriminazione diretta, tenga conto in maniera adeguata della ratifica, da parte dell'Unione, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità - in particolare dei suoi artt. 19, 23, 28, comma 2, lett. c), in combinato disposto con l'art. 5 - in conformità alla quale dovrebbe essere interpretata, per quanto possibile, la direttiva 2000/78/CE (come da giurisprudenza sopra citata al par. 45).

51. D'altronde, sarebbe forse opportuno che la direttiva 2000/78/CE fosse interpretata in modo da tenere conto dell'evoluzione del contesto economico sociale degli ultimi venti anni, che ha visto imporsi la figura del caregiver familiare in presenza di un arretramento delle tutele fornite dallo Stato sociale.

52. Se fosse accolta un'interpretazione estensiva della normativa unionale, con il riconoscimento al caregiver familiare di minore disabile del diritto di agire anche contro le discriminazioni indirette patite sul luogo di lavoro in ragione delle cure prestate a tale disabile, sarebbe altresì necessario chiarire se la tutela così riconosciuta comporti la nascita, a carico del datore di lavoro del detto caregiver, dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, anche in favore del medesimo caregiver, il rispetto del principio della parità di trattamento nei

confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000.

53. Infine, ove al caregiver familiare di minore disabile fosse attribuito il diritto di agire anche contro le discriminazioni indirette patite sul luogo di lavoro in ragione delle cure prestate a tale disabile, sarebbe doveroso definire la nozione di caregiver rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000.

54. In particolare, sorge la questione se tale caregiver sia qualunque soggetto, appartenente alla cerchia familiare o convivente di fatto, che si prenda cura in un ambito domestico, anche informalmente, in via gratuita, quantitativamente significativa, esclusiva, continuativa e di lunga durata di una persona che, in ragione della propria grave disabilità, non sia assolutamente autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita o se, invece, la definizione di caregiver in questione sia più ampia o più ristretta.

55. In conclusione, è necessario richiedere alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle seguenti questioni:

a) se il diritto dell'Unione europea debba interpretarsi, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che sussista la legittimazione del caregiver familiare di minore gravemente disabile, il quale deduca di avere patito una discriminazione indiretta in ambito lavorativo come conseguenza dell'attività di assistenza da lui prestata, ad azionare la tutela antidiscriminatoria che sarebbe riconosciuta al medesimo disabile, ove quest'ultimo fosse il lavoratore, dalla Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

b) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che gravi sul datore di lavoro del caregiver di cui sopra l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per garantire, altresì in favore del detto caregiver, il rispetto del principio della parità di trattamento nei confronti degli altri lavoratori, sul modello di quanto previsto per i disabili dall'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro;

c) se, nell'ipotesi di risposta affermativa alla questione a) e/o alla questione b), il diritto dell'Unione europea vada interpretato, eventualmente in base anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel senso che per caregiver rilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 si debba intendere qualunque soggetto, appartenente alla cerchia familiare o convivente di fatto, che si prenda cura in un ambito domestico, pure informalmente, in via gratuita, quantitativamente significativa, esclusiva, continuativa e di lunga durata di una persona che, in ragione della propria grave disabilità, non sia assolutamente autosufficiente nello svolgimento degli atti quotidiani della vita o se il diritto dell'Unione europea vada interpretato nel senso che la definizione di caregiver in questione sia più ampia o ancora più ristretta di quella sopra riportata.

56. Il rinvio pregiudiziale comporta la sospensione del processo.

57. Ai sensi delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" della C.G.U.E. (2019/C 380/01), par. 21, dispone l'anonimizzazione dell'ordinanza di remissione in caso di diffusione.

P.Q.M.

La Corte, visti l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e l'art. 295 c.p.c., chiede alla Corte di giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione indicate in motivazione.

Sospende il processo e dispone che copia della presente ordinanza sia trasmessa alla cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Va disposta, in caso di diffusione, l'anonimizzazione nei sensi di cui in motivazione e la trasmissione alla CGUE anche di copia della presente ordinanza anonimizzata.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della IV sezione civile, l'8 novembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 17 gennaio 2024.

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

## TERZA SEZIONE CIVILE

Composta da

GIACOMO TRAVAGLINO - Presidente -

CHIARA GRAZIOSI - Consigliere -

MARCO DELL'UTRI - Consigliere -

RAFFAELE ROSSI - Consigliere rel. -

CARMELO CARLO ROSSELLO - Consigliere -

**RESPONSABILITA'  
CIVILE - CONDOTTA  
DISCRIMINATORIA**

R.G. n. 17575/2020

Cron. \_\_\_\_\_

CC - 15/12/2022

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso iscritto al n. 17575/2020 R.G. proposto da

COMUNE DI BELLUNO, in persona del Sindaco *pro tempore*,  
elettivamente domiciliato in

- ricorrente -

contro

SIMONA,

FERNANDO E

NADIA, tutti

elettivamente domiciliati in

- controricorrenti -

Nonché contro

BELLUNUM S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
elettivamente domiciliato in

a, dal quale, unitamente



, è rappresentato e difeso

– controricorrente e ricorrente incidentale –  
Nonché contro

– intimati–

Avverso la sentenza n. 1146/2020 della CORTE DI APPELLO DI VENEZIA, depositata il giorno 28 aprile 2020.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 15 dicembre 2022 dal Consigliere RAFFAELE ROSSI.

### **FATTI DI CAUSA**

1. Con ricorso del luglio 2016, Simona Alessandra  
Massimo Fernando Nadia  
Lura Ilaria e Mauro persone affette da  
disabilità visiva, domandarono al Tribunale di Belluno l'accertamento,  
ai sensi dell'art. 2 della legge 1° marzo 2006, n. 67, del carattere  
discriminatorio della condotta nei loro confronti tenuta dal Comune di  
Belluno e dalla società Bellunum s.r.l., consistita nell'aver fatto  
divieto di accedere, benché assistiti da cani-guida, ad un impianto di  
scale mobili ubicato in un parcheggio del Comune di Belluno e gestito  
dalla predetta società; chiesero altresì di ordinare ai convenuti la  
cessazione del descritto comportamento e di condannarli al  
risarcimento del danno non patrimoniale patito.



Nel costituirsi, il Comune di Belluno formulò, previa autorizzazione alla chiamata in causa, domanda di manleva nei riguardi della società Ariscom – Compagnia di Assicurazione S.p.A..

2. Con ordinanza resa il 16 marzo 2017, il giudice di prime cure dichiarò inammissibili le domande per difetto di interesse ad agire.

3. Pronunciando sull'appello interposto dai ricorrenti, la Corte di Appello di Venezia, con la decisione in epigrafe indicata, ha dichiarato l'incompetenza per territorio sulle domande proposte da Alessandra

Massimo Laura Ilaria Mauro  
siccome non residenti nel circondario del Tribunale di

Belluno; in accoglimento dell'impugnazione dalle altre parti proposta, ha dichiarato la natura discriminatoria degli atti compiuti dal Comune di Belluno e dalla Bellunum s.r.l., ne ha ordinato la cessazione ed ha condannato i convenuti, in solido tra loro, al risarcimento dei danni in favore di Simona Fernando e Nadia quantificati in misura pari ad euro 500 per ciascuno di essi; ha infine disatteso la domanda di manleva spiegata dal Comune di Belluno nei riguardi della Ariscom S.p.A..

4. Ricorre per cassazione il Comune di Belluno, affidandosi a tre motivi, cui, con controricorso, aderisce la Bellunum s.r.l., spiegando altresì ricorso incidentale articolato su un ulteriore motivo; al ricorso principale spiegano resistenza, con controricorso, Simona Fernando e Nadia non svolgono difese in grado di legittimità gli altri soggetti intimati, in epigrafe indicati.

5. Le parti costituite hanno depositato memorie illustrative.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. È logicamente preliminare la disamina dell'unico motivo di ricorso incidentale con cui, in relazione all'art. 360, primo comma, num. 4, cod. proc. civ., si censura la sentenza impugnata per omessa pronuncia sulla eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata in



forza del combinato disposto dell'art. 3 della legge n. 67 del 2006, dell'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e degli artt. 739 e seguenti del codice di rito.

1.1. La lettura della sentenza impugnata dà riscontro all'assunto del ricorrente, mancando invero ogni pronuncia, anche in via di implicito rigetto, sull'eccezione di inappellabilità del provvedimento di prime cure: ma da ciò non discende l'accoglimento del motivo formulato e la invocata cassazione della sentenza.

Il mancato esame di un motivo di gravame ovvero di un'eccezione preliminare ad opera del giudice di merito giustifica l'annullamento della sentenza impugnata ad opera della Suprema Corte a condizione che le questioni, di fatto o di diritto, non esaminate, siano decisive. Per contro, qualora le questioni non vagliate siano in punto di diritto infondate e non richiedano ulteriori accertamenti di fatto, la Corte di cassazione, in ragione della funzione nomofilattica ad essa affidata dall'ordinamento, ha il potere di correggere la motivazione della decisione ex art. 384 cod. proc. civ. mediante l'enunciazione delle ragioni che giustificano il provvedimento gravato, apparendo palese l'incongruità di una rimessione della causa nella fase di merito al fine di dichiarare l'infondatezza del rilievo erroneamente non vagliato.

Siffatto principio di diritto, già consolidato in un risalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità (Cass. 18/08/2006, n. 18190; Cass. 12/04/2006, n. 8561; Cass. 18/02/2005, n. 3388), è stato avvalorato dalla estensione (con la modifica dell'art. 384 cod. proc. civ. operata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) delle ipotesi di decisione nel merito della Suprema Corte anche in caso di violazione di norme processuali e dalla costituzionalizzazione (nell'art. 111, secondo comma, della Carta fondamentale) dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, i quali impongono interpretazioni che limitino i tempi di svolgimento del processo, pur senza sacrificio



del diritto di azione e difesa (tra le tante, cfr. Cass. 01/02/2010, n. 2313; Cass., Sez. U., 02/02/2017, n. 2731; Cass. 28/06/2017, n. 16171; Cass. 19/04/2018, n. 9693; Cass. 10/06/2021, n. 10475).

1.2. Al lume di quanto sopra, *l'error in procedendo* della Corte d'appello non conduce alla cassazione della pronuncia, apparendo l'eccezione non esaminata destituita di fondamento giuridico.

A suffragio del motivo, il ricorrente invoca la disposizione dettata dall'art. 3, primo comma, della legge n. 67 del 2006 nel suo originario tenore (che così recitava: «*La tutela giurisdizionale avverso gli atti ed i comportamenti di cui all'articolo 2 della presente legge è attuata nelle forme previste dall'articolo 44, commi da 1 a 6 e 8, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*»): ma detta norma è stata modificata dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, con la previsione dell'assoggettamento dei giudizi civili avverso gli atti e i comportamenti discriminatori alle regole sancite dall'art. 28 del medesimo d.lgs. n. 150 del 2011.

Ed è proprio la norma nella versione novellata ad essere applicabile *ratione temporis* alla vicenda litigiosa, tenuto conto dell'epoca di proposizione del ricorso (luglio 2016): ben correttamente, dunque, la tutela giurisdizionale avverso condotte discriminatorie di persone con disabilità è stata dispiegata nelle forme del rito sommario di cognizione, cioè nei modi previsti dagli artt. 702-*bis* e seguenti del codice di rito; ben correttamente, pertanto, l'ordinanza pronunciata a definizione del giudizio di prime cure è stata impugnata con l'appello.

2. Il primo motivo di ricorso principale prospetta **la** violazione dell'art. 100 cod. proc. civ. e degli artt. 2 e 3 della legge n. 67 del 2006, con riferimento all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ..





Ad avviso del ricorrente, l'accoglimento delle domande è avvenuto in difetto di un pregiudizio effettivo, concreto e personale, patito dagli istanti, avendo il giudice territoriale erroneamente reputato sufficiente a tal fine una lesione meramente potenziale ai soggetti disabili, frutto di un divieto (l'accesso alle scale mobili dei cani) rivolto invece alla generalità degli utenti.

3. Il secondo motivo di ricorso principale, articolato con riferimento all'art. 360, primo comma, num. 3, cod. proc. civ., lamenta «*violazione dell'art. 5 della legge 2248/1865, all. E. Violazione dei principi in tema di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo. Violazione del punto 7.2.2.1. della norma UNI EN 115-1, in relazione alla direttiva comunitaria 98/37/CE, attuata con d.lgs. 17/2010*».

Si deduce che il giudice territoriale, facendo cattivo uso del potere di disapplicazione degli atti amministrativi asseritamente illegittimi, non abbia considerato, onde escludere la natura discriminatoria della condotta, la norma regolamentare dell'art. 6 del d.m. 18 settembre 1975 del Ministero dei trasporti (la quale, per ragioni di sicurezza, fa divieto di transito di tutti i cani su scale mobili in servizio pubblico) ed abbia così ad un tempo violato anche la norma tecnica europea di rango superiore (UNI EN 115-1, punto 7.2.2.1.) la quale prescrive che sulle scale mobili i cani devono essere «*portati in braccio*».

4. Il terzo motivo di ricorso principale assume violazione dell'art. 2 della legge n. 67 del 2006 in relazione all'art. 360, primo comma, num. 3, cod. proc. civ., per aver il giudice di merito ritenuto la sussistenza di una discriminazione per i disabili ancorché il divieto di uso delle scale mobili con il cane avesse carattere generale.

5. I tre motivi – da valutare congiuntamente, in ragione della intima connessione che li avvince – sono infondati.



5.1. È doveroso premettere che la legge n. 67 del 2006 appresta misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità che siano vittime di discriminazioni, al fine di garantire alle stesse, in attuazione di principi costituzionali (di eguaglianza e di parità di trattamento: art. 3) e sovranazionali (art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), «*il pieno godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali*».

Onde realizzare lo scopo, la legge sancisce, con norme dalla portata immediatamente precettiva, divieti di discriminazione delle persone disabili nei rapporti non soltanto pubblici ma anche tra privati, ovvero senza alcuna limitazione soggettiva dei destinatari dell'obbligo di non discriminazione (sul tema, cfr. Cass. 23/09/2016, n. 18762; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3691).

La nozione di discriminazione è positivamente definita dalla legge n. 67 del 2006 attraverso due possibili declinazioni: la discriminazione diretta, la quale si verifica (art. 2) ogni qualvolta una persona, per motivi connessi alla disabilità, riceve un trattamento diverso e meno favorevole di quello riservato ad una persona non disabile in situazione analoga; la discriminazione indiretta, la quale si configura (art. 3) quando «*una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri*» mettano una persona con disabilità in posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

Come chiarito da questa Corte, la locuzione «*disposizione*» che concreta il concetto di discriminazione indiretta va riferita anche ai regolamenti i quali «*a differenza della legge -che è assoggettabile al giudizio di legittimità costituzionale quando sospettata di creare discriminazioni-, se, nel dettare norme di dettaglio, creano discriminazione, vanno disapplicati dal giudice ordinario*» (così la citata Cass. n. 18762 del 2016).



5.2. Tanto premesso in generale, diversamente da quanto opinato dall'impugnante, la gravata sentenza ha ravvisato la sussistenza di un interesse concreto ed effettivo a fondamento dell'azione promossa: *«i ricorrenti [...] hanno denunciato una asserita condotta discriminatoria di cui ciascuno di essi assume essere stato vittima [...] essi, pur essendo afflitti dalla medesima disabilità di non vedenti, hanno agito facendo valere non gli interessi della categoria di cui fanno parte, quanto piuttosto l'interesse di ciascuno a non subire atti discriminatori proprio perché non vedente. Va ritenuto sussistente quindi l'interesse degli appellanti, e di ciascuno di essi, alla proposizione dell'azione risarcitoria, che hanno proposto cumulativamente, ma non come "azione collettiva"».*

È del pari ineccepibile la ritenuta discriminatorietà della condotta serbata dal proprietario e dal gestore dell'impianto di scale mobili.

Il divieto opposto - con apposito cartello - all'accesso con cani-guida sulle scale (tale la situazione di fatto accertata dal giudice di merito) è invero disposizione specificamente riferita alla condizione di *handicap* dei soggetti non vedenti (o ipovedenti), per i quali l'accompagnamento dell'animale costituisce ausilio necessario ed indispensabile per consentire una possibile mobilità: inibire il transito sulle scale mobili con cani guida concreta dunque atto discriminatorio per il non vedente rispetto all'omologa situazione del normodotato, dacché si traduce nella lesione del diritto alla fruizione del mezzo di trasporto pubblico.

E poiché siffatto diritto con l'accompagnamento del proprio cane è garantito al non vedente da norma di rango primario (la legge 14 febbraio 1974, n. 37), è pienamente condivisibile la valutazione del giudice di merito circa la disapplicazione, nel caso, delle prescrizioni del d.m. 18 settembre 1975 (nella formulazione vigente *ratione temporis*, anteriore alla novella del d.m. 22 dicembre 2017), aventi



natura di regolamento esecutivo, cioè a dire norme secondarie idonee, nella loro concreta applicazione, a determinare trattamenti deteriori per il disabile, integranti veri e propri atti discriminatori.

Analoghe considerazioni valgono con riguardo alle «*norme*» UNI-EN in questa sede invocate dal ricorrente, alle quali, alla stregua del regolamento UE del 25 ottobre 2012, n. 1025, va ascritta nel nostro ordinamento valenza di mere specifiche tecniche che definiscono le caratteristiche (dimensionali, prestazionali, ambientali, di sicurezza, di organizzazione) di un prodotto, processo o servizio: natura che ne esclude l'assimilabilità agli atti normativi (direttive e regolamenti) emanati dagli organi dell'Unione Europea.

6. I ricorsi, principale ed incidentale, sono rigettati.

7. Il regolamento delle spese del grado segue la soccombenza, con condanna solidale del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, stante l'interesse comune alla causa, liquidazione dei compensi operata secondo tariffa, con riferimento allo scaglione relativo al valore della controversia (euro 1.500) e distrazione in favore del procuratore di parte controricorrente, Avv. Giampaolo Schiesaro, per dichiarazione di anticipo resa.

8. Atteso l'esito della lite, va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali (a tanto limitandosi la declaratoria di questa Corte: Cass., Sez. U, 20/02/2020, n. 4315) per il versamento - ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 - da parte dei ricorrenti, principali ed incidentali, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto, ove dovuto, rispettivamente per il ricorso principale e per il ricorso incidentale, a norma dell'art. 1-*bis* dello stesso art. 13.



**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale.

Condanna il ricorrente principale ed il ricorrente incidentale, in solido tra loro, al pagamento in favore della controricorrente delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 1.800 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00 ed agli accessori, fiscali e previdenziali, di legge, con distrazione in favore del difensore costituito, Avv. Giampaolo Schiesaro, per dichiarazione di anticipo resa.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente principale e del ricorrente incidentale dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, previsto, rispettivamente, per il ricorso principale e per il ricorso incidentale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile, il giorno 15 dicembre 2022.

Il Presidente

*Giacomo Travaglino*



# Tribunale di Roma, 18 dicembre 2023, n. 32956 - Discriminazione della lavoratrice disabile: diritto al lavoro agile come accomodamento ragionevole

Dettagli

Categoria: [Giurisprudenza civile di merito](#)

Visite: 169

**Tribunale di Roma, 18 dicembre 2023, n. 32956 - Discriminazione della lavoratrice disabile: diritto al lavoro agile come accomodamento ragionevole**

---

## IL GIUDICE

a scioglimento della riserva; letto il ricorso con il quale Omissis ha chiesto, previo accertamento che le patologie della ricorrente integrano una condizione di handicap e\o di disabilità, di accertare e dichiarare la discriminazione indiretta e\o diretta subita dalla ricorrente in ragione delle modalità della prestazione lavorativa, di accertare la nullità del ccnl applicato dalla società convenuta nella parte in cui non prevede il comporto prolungato per le patologie di cui è affetta la ricorrente e nella parte in cui non prevede lo scomputo dal periodo di comporto delle assenze per malattia dovute alle patologie dedotte rientranti nella nozione eurocomunitaria di handicap, di ordinare alla convenuta quali accomodamenti ragionevoli, di adibire la ricorrente a modalità di svolgimento della prestazione lavorativa compatibili con il proprio stato di salute quali il telelavoro domiciliare e\o il lavoro agile senza rientri ovvero con un massimo di 4 rientri mensili, in subordine di concedere alla ricorrente un ulteriore periodo di comporto prolungato retribuito per altri 12 mesi, vinte le spese, deducendo: che era dipendente di Omissis s.p.a. con mansioni di gestore del sistema qualità, che aveva svolto tale attività in regime di telelavoro domiciliare dal gennaio 2016 al maggio 2021 con 4 rientri mensili, che tale modalità di svolgimento della prestazione non è stata prorogata dall'azienda, che dal 29.5.2021 al 31.12.2021 la ricorrente è stata posta in modalità "smart working" con due rientri in ufficio a settimana, che anche a causa dei problemi di salute aveva presentato nuova domanda di telelavoro non accolta dall'azienda, che fino al 18.11.2021 ha svolto le mansioni in regime di lavoro agile con 2 rientri in sede, che successivamente è stata costretta ad assentarsi dal lavoro per grave patologia insorta dal novembre 2021, che la ricorrente era impossibilitata a svolgere l'attività lavorativa con le modalità previste dall'azienda quali lavoro agile con 2 rientri a settimana, che per il periodo dall'1.10.2023 al 31.12.2024 l'azienda ha previsto la modalità del lavoro agile con tre rientri settimanali, che la ricorrente ha diritto ai sensi dell'art.3 co.3 [d.lgs.n.216/2003](#) ad essere

adibita a modalità di lavoro compatibili con le proprie condizioni di salute, che sussiste il "periculum in mora" avuto riguardo ai gravi rischi per la salute della ricorrente derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa incompatibile con le condizioni di salute ed alla prossima scadenza del periodo di comportamento retribuito; letta la memoria di costituzione di Omissis s.p.a. che ha eccepito: l'inammissibilità del ricorso per mancata indicazione delle conclusioni di merito, per mancanza della natura cautelare della domanda, per incompatibilità della c.t.u. medico-legale, omessa allegazione di elementi idonei a sostegno della condizione di handicap ovvero disabilità, insussistenza della discriminazione diretta ovvero indiretta, possibilità data alla ricorrente di diversificare l'ubicazione della prestazione lavorativa con la previsione di 3 rientri a settimana, mancato accertamento della condizione di fragilità ai sensi dell'art.81 [d.lgs.n.81\2008](#), eccessivo esborso del telelavoro, infondatezza della domanda di accertamento dell'illegittimità delle disposizioni contrattuali in materia di comportamento prolungato e di scomputo dal periodo di comportamento delle assenze per malattia dovute alle patologie dedotte, insussistenza del "periculum"; ha chiesto il rigetto delle domande, con vittoria di spese;

osserva

quanto alle questioni preliminari che l'omessa esplicita indicazione delle conclusioni di merito non è idonea a determinare l'inammissibilità dell'istanza cautelare dovendo ritenersi che le conclusioni formulate in via d'urgenza siano le medesime oggetto dell'eventuale giudizio di merito; che l'eventuale inammissibilità della c.t.u. rileva sul diverso piano della fondatezza della domanda; che, infine, la natura cautelare dell'azione risiede non già nella formulazione della relativa istanza bensì nell'esercizio della relativa azione ex art.700 c.p.c. Nel merito si ritiene, all'esito della cognizione sommaria, che sussiste la verosimiglianza del diritto vantato.

Parte ricorrente invoca la tutela riconosciuta al lavoratore disabile in termini di obbligo a carico del datore di lavoro di adottare ragionevoli accomodamenti sul luogo di lavoro al fine di garantire la piena uguaglianza dei lavoratori con disabilità con gli altri lavoratori nonché di riconoscimento del comportamento prolungato e di esclusione dal computo delle assenze per malattia ai fini della configurazione della eccessiva morbilità delle assenze determinate dalle patologie riconducibili alla disabilità assumendo l'idoneità delle patologie sofferte a configurare la condizione di disabilità in termini di incompatibilità delle stesse con lo svolgimento della prestazione lavorativa in presenza. Sul punto deve, anzitutto, affermarsi che non costituisce condizione per la tutela del lavoratore disabile l'accertamento medico-legale della condizione medesima dovendo richiamarsi il concetto di disabilità delineato anche dalla normativa sovranazionale; in proposito la direttiva [2000\78 CE](#) per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro ha riformulato il concetto di disabilità identificandolo con la limitazione conseguente a menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006 ha, poi, introdotto una innovativa definizione di disabilità (Preambolo, lettera e) e di persona disabile (articolo 1, comma 2) definendo le persone disabili "quantità hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri".



I riportati concetti di disabilità sono tutti incentrati sulla sussistenza di menomazioni ovvero minorazioni fisiche, psichiche o mentali idonee ad ostacolare la partecipazione del soggetto nella società ed, in particolare, quanto al soggetto lavoratore, alla vita lavorativa in condizione di parità con gli altri lavoratori con conseguente diritto al riconoscimento della tutela non soltanto in caso di disabilità conclamata ma, altresì, qualora le patologie sofferte costituiscono obiettivo ostacolo alla vita professionale alterando di fatto il rapporto di uguaglianza con gli altri lavoratori. Ciò posto, si osserva che tra le patologie allegare in ricorso presentano il carattere dell'attualità poiché certificate in epoca recente la sindrome fibromialgica muscolo-tensiva e l'obesità laddove non può attribuirsi rilevanza in termini di attualità alle ulteriori patologie quali orticaria cronica, tiroidite cronica, sindrome ansioso-depressiva e tachicardia certificate in epoche notevolmente anteriori all'instaurazione del giudizio. Tuttavia, deve ritenersi che in particolare la sindrome fibromialgica muscolo tensiva è idonea a configurare quella condizione di disabilità nei termini richiamati tenuto conto che nella certificazione del 20.6.2023 il medico specialista ha accertato nella ricorrente le specifiche manifestazioni di tale patologia idonee a pregiudicare il regolare svolgimento della prestazione lavorativa in sede poiché rendono particolarmente gravoso lo spostamento dal domicilio al luogo di lavoro mediante l'utilizzo del mezzo pubblico ovvero dell'autovettura. Le certificazioni mediche prodotte devono nell'ambito della cognizione sommaria ritenersi prova idonea delle patologie accertate in assenza di specifica contestazione sulla validità delle stesse e tenuto conto della incompatibilità della c.t.u. medico-legale con il procedimento cautelare. Deve perciò affermarsi, all'esito della cognizione sommaria, che le suindicate patologie integrano la condizione di disabilità della ricorrente con conseguente diritto al riconoscimento del diritto della stessa all'accesso agli strumenti di tutela del lavoratore disabile quali: l'obbligo datoriale di realizzare gli accomodamenti ragionevoli, e lo scomputo dal periodo di computo delle assenze per malattia dovute alle patologie medesime (fibromialgica muscolo tensiva e l'obesità).

Il rifiuto di consentire lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità del telelavoro e il computo dal periodo di computo delle assenze per malattia dovute alle patologie invalidanti configurano, invero, atti di discriminazione indiretta la quale sussiste, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b) [d.lgs. 216/2003](#), adottato in attuazione della direttiva [2000/78/CE](#) in materia di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, "quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o nazionalità o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone". Va, altresì, rilevato l'ulteriore requisito del pregiudizio qualificato ritenuto che il perdurare delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa prevalentemente in presenza sono idonee ad aggravare le condizioni di salute della ricorrente nonché a pregiudicare il diritto alla professionalità qualora, perdurando l'impossibilità a svolgere la prestazione prevalentemente in presenza, la ricorrente sarebbe costretta ad assentarsi. Si ritiene, quindi, necessario, a tutela della condizione di disabilità della ricorrente, che la prestazione lavorativa sia svolta prevalentemente mediante modalità del lavoro agile prevedendo al massimo 4 rientri mensili considerato, altresì, che la società convenuta nulla ha eccettuato in ordine ad oneri sproporzionati ovvero eccessivi conseguenti a tale modifica di esecuzione della prestazione lavorativa.

Va, inoltre, riconosciuto il diritto della ricorrente ad escludere dal computo delle assenze per



malattia le assenze determinate dalle suindicate patologie (fibromialgia muscolo tensiva e l'obesità).

Si ritiene, al contrario, non sussistente il diritto al comporto prolungato in difetto di specifica allegazione in ordine alla particolare gravità delle patologie suindicate che costituisce condizione per l'assimilazione delle stesse alle patologie oggettivamente di gravissima entità individuate dalla autonomia contrattuale ai fini dell'estensione del periodo di comporto. Le spese seguono la soccombenza. Letti gli artt.700 e 669 octies c.p.c.

### **P.Q.M.**

In parziale accoglimento della domanda, accertato che le patologie suindicate, integrano la condizione di disabilità della ricorrente, dichiara il diritto della stessa a svolgere la prestazione lavorativa prevalentemente mediante modalità del lavoro agile prevedendo al massimo 4 rientri mensili nonché il diritto ad escludere dal computo delle assenze per malattia le assenze determinate dalle suindicate patologie. rigetta nel resto condanna Omisis s.p.a. al pagamento delle spese di lite liquidate nella somma di E.2200,00 oltre spese generali forfettariamente determinate nella misura del 15% con attribuzione al procuratore antistatario.

Si comunicati  
Roma 18/12/2023 Il Giudice

**AULA 'B'**



**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE LAVORO**

**OSCURAMENTO**

Oggetto

**Costituzione  
rapporto  
pubblico  
impiego**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- |   |                      |                |
|---|----------------------|----------------|
| Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO           | - Presidente -       | Cron.          |
| Dott. ROBERTO BELLE'                    | - Consigliere -      | Rep.           |
| Dott. SALVATORE CASCIARO                | - Rel. Consigliere - | Ud. 08/02/2024 |
| Dott. NICOLA DE MARINIS                 | - Consigliere -      | CC             |
| Dott. FEDERICO VINCENZO<br>AMEDEO ROLFI | - Consigliere -      |                |

**R.G.N. 2702/2018**

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 2702-2018 proposto da:

DA  
, elettivamente domiciliato in ROMA,  
VIA LUIGI GIUSEPPE FARAVELLI 22, presso lo studio  
dell'avvocato FRANCO RAIMONDO BOCCIA,  
rappresentato e difeso dall'avvocato GIUSEPPE MARINO;

**- ricorrente -**

**contro**

2024  
600  
AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI CALTANISSETTA,  
in persona del Direttore generale e legale rappresentante  
*pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA  
MONTE ZEBIO 28/S, presso lo studio dell'avvocato  
GAETANO ALESSI, rappresentata e difesa dall'avvocato  
PIETRO RABIOLO;

**- controricorrente -**



avverso la sentenza n. 270/2017 della CORTE D'APPELLO di CALTANISSETTA, depositata il 14/07/2017 R.G.N. 303/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/02/2024 dal Consigliere Dott. SALVATORE CASCIARO.

### **RILEVATO CHE:**

1. AD \_\_\_\_\_, invalido civile iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio *ex lege* n. 68/1999, si doleva del fatto che con provvedimento dell'8.9.2011 dell'Azienda sanitaria provinciale (ASP) di Caltanissetta fosse stata dichiarata la sua inidoneità alle mansioni di operatore socio-sanitario Bs, quantunque in precedenza l'Azienda avesse riconosciuto la sua idoneità al lavoro; conseguentemente, chiedeva dichiararsi illegittima la sua esclusione dall'avviamento al lavoro ai sensi della legge n. 68/99 ed affermarsi la sua idoneità alle mansioni indicate, con conseguente diritto all'assunzione e all'immissione in ruolo con contratto a tempo indeterminato in conformità al profilo professionale e alla declaratoria contrattuale del c.c.n.l. del Comparto Sanità;

2. il Tribunale, previo espletamento di c.t.u. medico-legale, accoglieva parzialmente il ricorso e dichiarava illegittimo il rifiuto dell'ASP di stipulare il contratto di lavoro a conclusione dell'iter di avviamento obbligatorio, condannando l'Azienda al risarcimento del danno, liquidato in complessivi €. 44.834,99; la Corte d'appello, adita dallo stesso lavoratore che lamentava la mancata adozione del *dictum* costitutivo del rapporto di pubblico impiego ex art. 2932 cod. civ., rigettava l'impugnazione;



3. in particolare, rilevava che la costituzione del rapporto di lavoro, pur obbligatoria, non era automatica, richiedendo l'intervento della volontà delle parti ai fini della concreta specificazione del contenuto del contratto in ordine a mansioni, retribuzione, qualifica, e ciò tanto più nella specie, atteso che emergeva dalle risultanze della c.t.u. medica che le «mansioni a diretto contatto con gli ammalati, a maggior ragione se non autosufficienti, e l'uso di strumentazione» erano necessariamente inibite al ricorrente;

4. il ricorso per cassazione del lavoratore è affidato a due motivi cui si è opposta l'ASP con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

#### **CONSIDERATO CHE:**

1. con il primo motivo si denuncia, ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione della legge n. 68/1999 e dell'art. 2932 cod. civ., della direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000, nonché dell'art. 5, del c.c.n.l. Comparto Sanità, allegato 1 (declaratoria categoria B e profilo economico Bs), per avere ritenuto la Corte di merito preclusa la costituzione del rapporto di lavoro ex art. 2932 cod. civ., pur nella riconosciuta idoneità – seppure con rigide prescrizioni a tutela degli utenti – allo svolgimento delle mansioni per come accertata dal c.t.u. e nella corrispondenza tra qualifica richiesta dall'azienda di operatore sociosanitario, cat. Bs, e quella posseduta dal lavoratore;

2. con il secondo mezzo si lamenta, ex art. 360 nn. 3-5 cod. proc. civ., la violazione del principio di non discriminazione, a tutela dei lavoratori con *handicap*, dell'art. 3 comma 3 bis d.lgs. n. 216/2003, degli artt. 32-38 Cost., dell'art. 10 legge n. 68/1999, dell'art. 2087 cod. civ., della direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000, articolo 5;

il diniego dell'ASP di costituire il rapporto di lavoro, benché fossero già definiti tutti gli elementi essenziali del rapporto (mansioni,





retribuzione e qualifica), integra una violazione del principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di *handicap* di cui all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000 – che fa obbligo a tutti i datori di lavoro di adottare “accomodamenti ragionevoli per garantire ai disabili la piena uguaglianza con gli altri lavoratori” – e all'art. 3 d.lgs. n. 216/2003;

erronea era altresì l'affermazione della Corte distrettuale a tenore della quale competerebbe alla sola parte datoriale ogni valutazione sull'utilità economica di avvalersi di un operatore sociosanitario che non può usare strumentazione e avere contatti con gli ammalati;

3. i due motivi, fra loro strettamente connessi sul piano logico e giuridico, meritano trattazione congiunta;

3.1 essi sono fondati;

3.2 nucleo fondamentale della sentenza impugnata è che l'avviamento del ricorrente non poteva che essere sottoposto, per come precisato dalla c.t.u. medico-legale, a specifiche prescrizioni a tutela della salute dello stesso lavoratore e dell'utenza con cui egli poteva venire in contatto, di qui l'esigenza di specifica determinazione aziendale delle concrete mansioni affidate nonché l'ulteriore necessità di una «preventiva concertazione tra le parti, non sostituibile da quella imposta dal giudice», donde anche l'impossibilità di «far luogo all'attivazione del rimedio ex art. 2932 cod. civ.»;

3.3 in effetti, nella giurisprudenza di legittimità, richiamata dalla Corte nissena, si è talora esclusa la possibilità di una pronuncia costituiva del rapporto di lavoro, essenzialmente sul rilievo che il sistema delle assunzioni obbligatorie è strutturato in modo tale da dar luogo all'obbligo del datore di lavoro di stipulare il contratto con i soggetti avviati dall'UPLMO, ma non alla



costituzione automatica e autoritativa del rapporto, la cui nascita richiede necessariamente l'intervento della volontà delle parti ai fini della concreta specificazione del suo contenuto in ordine ad elementi essenziali quali la retribuzione, le mansioni, la qualifica; nel solco di tale impostazione, si è ritenuto che il lavoratore non può esperire, ove l'obbligo del datore di lavoro sia rimasto inadempito, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., ma ha (soltanto) il diritto all'integrale risarcimento dei danni, ossia al ristoro delle utilità perdute per tutto il periodo del protrarsi di detto inadempimento (*ex plurimis*, Cass. n. 4853 del 1998, Cass. n. 488 del 2009, Cass. n. 8593 del 2019);

3.4 a tali principi sembra essersi conformata la sentenza impugnata, senza avvedersi, tuttavia, che la ragione della esclusione della possibilità di tutela costitutiva è stata fondata, anche in quelle pronunce, sulla necessità della determinazione negoziale ad opera delle parti degli elementi essenziali del contratto, quali la qualifica, la retribuzione, l'eventuale periodo di prova ecc. Tant'è che in caso di insussistenza di tale necessità, come ad esempio nella ipotesi in cui è la legge medesima a prevedere la qualifica, le mansioni e il trattamento economico e normativo del lavoratore avviato, non sono stati ravvisati ostacoli alla possibilità di tutela costitutiva (v., ad esempio, Cass. n. 15913 del 2004, in tema di avviamento al lavoro di centralinisti non vedenti in cui sono prestabilite le mansioni, la qualifica e il trattamento economico; Cass. n. 20192 del 2011; Cass. n. 18277/2010);

3.5 orbene, la Corte d'appello, nel negare la possibilità di costituire il rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'ASP, mostra di ignorare tale, pure essenziale, aspetto, e di sottovalutare altresì la specificità del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, nel cui ambito è espressamente previsto (v. art. 63 comma 2 d.lgs. n. 165/2001, nel testo *ratione temporis* vigente, che si pone in rapporto





di specialità rispetto all'art. 2932 cod. civ.) che «il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati» e che «le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro».

Aggiungasi che lo specifico profilo professionale di operatore socioeconomico Bs trova, nell'ambito dell'impiego pubblico e in particolare delle unità sanitarie locali, compiuta definizione nella contrattazione collettiva (CCNLI Comparto Sanità stipulato del 20.9.2001, allegato 1), dalla quale il datore di lavoro pubblico non può discostarsi, sicché quelle esigenze di predeterminazione puntuale delle mansioni (erroneamente ritenute ostative alla pronuncia costitutiva dalla Corte territoriale) sono, nel caso in esame, già adeguatamente assicurate dalle regole che necessariamente governano l'instaurazione e la gestione del rapporto.

3.6 Tale determinazione sussiste, all'evidenza, anche con riferimento al periodo di prova, la cui obbligatorietà nell'impiego pubblico trova affermazione nella disciplina normativa e contrattuale (art. 17 d.P.R. n. 487/1994, al quale rimanda l'art. 70 comma 13 d.lgs. n. 165/2001; per il personale non dirigenziale del comparto sanità cfr. per il periodo antecedente alla contrattualizzazione art. 14 del d.P.R. n. 761/1979 e per quello successivo art. 15 del CCNL 1/9/1995), imponendosi l'adozione di un esperimento da svolgere nel profilo professionale di qualifica o categoria al quale si riferisce l'assunzione e rinviandosi alla contrattazione collettiva la fissazione della durata, da stabilire in relazione alla complessità delle prestazioni professionali richieste



(Cass., Sez. L, n. 32877/2018); ne discende, anche sotto tale specifico profilo, che dall'eventuale carenza del regolamento contrattuale, quanto alla prova e alle mansioni in relazione alle quali essa dovrà svolgersi, non possono derivare, invero, le conseguenze che nel rapporto privato normalmente si riconnettono alla nullità del patto e che suppongono il carattere facoltativo dello stesso;

3.7 la sentenza impugnata, pur confermando che «la richiesta di avviamento dell'ASP di Caltanissetta faceva riferimento, per il D , all'assunzione di un operatore socio sanitario disabile, la cui qualifica Bs, mansioni e trattamento economico erano previsti e disciplinati dalla legge e dal c.c.n.l. di settore», osserva tuttavia che doveva necessariamente trattarsi, nella specie, di un avviamento sottoposto a specifiche condizioni, a tutela della salute dello stesso lavoratore e dell'utenza, «con un'evidente problema di verifica del fabbisogno di dipendenti da assegnare alle mansioni individuate dal c.t.u. come non pericolose, essendo quindi tutt'altro che determinate o determinabili dal giudice sulla base di parametri certi [...] le concrete mansioni alle quali l'appellante poteva essere assegnato» (così a pag. 4 della sentenza).

3.8 Tale ordine di idee non può essere condiviso; questo perché le ragioni ostative alla costituzione del rapporto non potevano automaticamente ravvisarsi negli esiti della c.t.u. medica che, nel confermare l'idoneità al lavoro del D , si era solo premurata di raccomandare alcune prescrizioni, a tutela della salute dello stesso lavoratore e dell'utenza, in guisa da suggerire, onde evitare situazioni di potenziale pericolo, di «escludere attività a diretto contatto con gli ammalati, a maggior ragione se non autosufficienti, e l'uso di strumentazione».

3.9 Tali prescrizioni, lungi dal costituire un ostacolo insormontabile all'accoglimento dell'invocata richiesta di emissione di sentenza





costitutiva, rientrano, piuttosto, in quei "ragionevoli adattamenti" organizzativi (art. 3 comma 3 bis d.lgs. n. 216/2003) cui la parte datoriale pubblica è tenuta per consentire ai disabili di accedere al lavoro, (beninteso) entro i limiti della ragionevolezza, il cui accertamento di fatto è demandato allo stesso giudice del merito;

è lo stesso art. 5 della direttiva 2000/78/CE, rubricato "soluzioni ragionevoli per disabili", che impone, infatti, l'adozione di provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato o eccessivo, con l'ulteriore precisazione tuttavia che la soluzione non può dirsi *ex se* sproporzionata allorché «l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»; non si è mancato di precisare, inoltre, che l'adozione di tali misure organizzative è prevista in ogni fase del rapporto di lavoro, anche in quella genetica e, quindi, anche per gli assunti come invalidi ai fini del collocamento obbligatorio (Cass., Sez. L, n. 6497 del 9/03/2021).

3.10 Ben s'intende, allora, come si riveli in tale contesto del tutto erronea, nella sua assertività, l'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza impugnata (v. pag. 5) secondo cui «competete alla sola parte datoriale ogni valutazione circa l'utilità economica e organizzativa di avvalersi di un operatore socio sanitario che non può fare uso di strumentazione e non può avere contatto con gli ammalati»;

3.11 per contro, spetta innanzitutto al giudice del merito un sindacato diretto sulla misura dell'accomodamento, che postula per sua natura un'interazione fra una persona individuata, con le sue limitazioni funzionali, e lo specifico ambiente di lavoro che la circonda, interazione che, per la sua variabilità, non ammette



generalizzazioni, e dove la regola della ragionevolezza funge da criterio guida, in quanto penetra anche i rapporti contrattuali, quale forma di osservanza del "canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cod. civ." (cfr. Cass. SS.UU. n. 5457 del 2009) e che risulta "immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost." (cfr. Cass. SS.UU. n. 15764 del 2011; v. pure Cass. SS.UU. n. 23726 del 2007; cfr. Cass. SS. UU. n. 18128 del 2005), esplicando "la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra" (Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008).

4. Non essendosi conformata ai principi dianzi enunciati, la sentenza impugnata dev'essere (or dunque) cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Caltanissetta, la quale, in diversa composizione, ferma l'idoneità del ricorrente al lavoro per cui è stato avviato *ex lege* n. 68/1999, dovrà verificare se, in presenza di una predeterminazione di tutti gli elementi essenziali del rapporto (mansioni, retribuzione e qualifica), sia possibile procedere, tenuto conto degli esiti della c.t.u. medica e dello specifico ambiente di lavoro, e con adozione di "ragionevoli accomodamenti" alla cui osservanza è tenuto il datore di lavoro pubblico, all'invocata costituzione del rapporto di pubblico impiego.

In conclusione, il ricorso deve essere, quindi, accolto, con l'affermazione del seguente principio di diritto:

*«in materia di rapporto di pubblico impiego privatizzato, dove la legge e la contrattazione collettiva predeterminano tutti gli elementi essenziali del contratto, come la qualifica, le mansioni, il trattamento economico e normativo e il periodo di prova, non sono ravvisabili ostacoli alla tutela costitutiva ex art. 63 d.lgs. n. 165/2001 invocata dal lavoratore, iscritto nelle liste di avviamento obbligatorio e risultato*



*idoneo al collocamento, dovendosi solo valutare, con accertamento di fatto riservato al giudice del merito, se siano o meno praticabili "ragionevoli accomodamenti", nel rispetto dei principi stabiliti dalla direttiva 2000/78/CE, per rendere concretamente compatibile l'ambiente lavorativo con le limitazioni funzionali del lavoratore disabile».*

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Caltanissetta in diversa composizione.

Ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 196 del 2003 dispone che, in caso di riproduzione della sentenza in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi del ricorrente riportati nella sentenza

Così deciso in Roma l'8 febbraio 2024.

La Presidente  
Annalisa Di Paolantonio





Pubblicato il 23/03/2023

N. 00138/2023 REG.PROV.CAU.

N. 00263/2023 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 263 del 2023, proposto da

-OMISSIS-, quale genitore responsabile del minore -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Urso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica, Istituto Comprensivo Statale di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliati presso gli uffici di questa, in Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

per l'accertamento

del diritto del minore all'istruzione ed all'integrazione scolastica e, previa declaratoria dell'inadempimento dell'amministrazione ai propri obblighi in materia di istruzione, integrazione e sostegno degli alunni disabili, ordinarle di assicurare al minore -OMISSIS- la presenza di un insegnante di sostegno per l'intero anno scolastico in corso nella misura richiesta pari a 12 ore la settimana.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione e del Merito e dell'Istituto Comprensivo Statale di -OMISSIS-;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Osservato preliminarmente che il ricorso debba essere qualificato come azione avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 c.p.a., sicché occorre disporre il mutamento del rito e disporre la trattazione nel merito dello stesso alla camera di consiglio del 10 maggio 2023;

Osservato, infatti, che il ricorso non contiene l'impugnativa di un provvedimento adottato dall'amministrazione, ma piuttosto la ricorrente lamenta l'inerzia dell'amministrazione rispetto all'adozione delle misure di competenza per assicurare al minore, di cui ella è genitore responsabile, l'adeguato sostegno scolastico;

Ritenuto, a conferma del decreto cautelare monocratico del -OMISSIS-, che il ricorso presenti il *fumus* della fondatezza, in quanto:

a) non è controversa la situazione di handicap dell'alunno che, sebbene non grave, necessita di sostegno scolastico, sì come richiesto dal competente Dirigente scolastico;

b) la mancata assegnazione del sostegno, come espressamente ammesso dalla relazione dell'Ufficio Scolastico Regionale, non dipende da una specifica analisi della vicenda, attraverso un ragionevole contemperamento degli interessi (anche di finanza pubblica) in gioco;

c) al contrario, l'inerzia dell'amministrazione è così giustificata: *«per motivi di contenimento della spesa pubblica le richieste di posti di sostegno in deroga per rapporti 1:2 non trovano per prassi accoglimento da parte dell'Ufficio Scolastico Regionale»;*

d) tuttavia, secondo la condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023), gli Uffici scolastici *«devono attribuire ai singoli Istituti tanti insegnanti di sostegno, quanti ne sono necessari per coprire tutte le ore che sono risultate oggetto delle «proposte» (dei dirigenti scolastici, NDR), salva la possibilità di esercitare un potere meramente correttivo, sulla base di riscontri oggettivi»;* e *«anche in presenza di disabilità lievi o medie, le proposte del G.L.O.H. (Gruppo di Lavoro per l'Handicap Operativo; proposte che vengono poi recepite dal dirigente scolastico il quale le trasmette all'Ufficio Scolastico Regionale, NDR) devono avere un seguito»;*

e) se è vero, quindi, che il tessuto ordinamentale – come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa – appresta una particolare tutela per gli studenti portatori di handicap grave, ciò non

si può tradurre nell'automatica sottovalutazione delle esigenze di sostegno dei portatori di handicap non grave;

f) al contrario, anche le esigenze educative di costoro debbono trovare adeguata soddisfazione, sia pure nel necessario contemperamento dei diversi interessi in gioco;

g) nel caso di specie, gli interessi del minore portatore di handicap risultano chiaramente sacrificati in forza di una ritenuta, automatica prevalenza di ragioni di contenimento della spesa pubblica, con conseguente violazione del diritto fondamentale all'istruzione;

Osservato che, nelle more della decisione nel merito del ricorso, il diritto del minore al sostegno scolastico verrebbe irrimediabilmente pregiudicato, sicché deve essere confermata la misura cautelare già interinalmente concessa;

Osservato che, nella scelta della misura cautelare da adottare, non sia opportuno adoperare – nella vicenda in esame – la tecnica del *remand*, in considerazione dell'avanzatissimo periodo dell'anno scolastico in cui il Tribunale è chiamato a provvedere;

Osservato che le spese della presente fase cautelare debbano essere regolate secondo il principio della soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda):

a) accoglie l'istanza di tutela cautelare e, per l'effetto, ordina all'Ufficio Scolastico Regionale per la Calabria di assegnare allo studente minore -OMISSIS- il sostegno scolastico per le ore richieste dal competente dirigente, eventualmente provvedendo anche ad assunzione in deroga;

b) condanna il Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica, alla rifusione, in favore di -OMISSIS-, nella sua qualità, delle spese e delle competenze della presente fase di giudizio, che liquida nella misura di €950,00, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge;

c) fissa per la trattazione nel merito del ricorso la camera di consiglio del 10 maggio 2023.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettera f), e 9, paragrafi 2 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, e all'articolo 2-septies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Tallaro, Presidente FF, Estensore

Alberto Ugo, Referendario

Manuela Bucca, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Francesco Tallaro

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.